

إهداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور / علي حسين كرار
القاهرة

الملكي فخرية العقدة في الشريعة الإسلامية

تأليف

محمد ابو زهرة

مدرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

كتب مقدمته الأستاذ الجليل محمد كامل مرسى بك
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

الطبعة الأولى

١٩٣٩ - ١٣٥٧

مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر

مقدمة

بقلم حضرة صاحب العزة الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك

من أهم ما يتجه اليه البحث في الآونة الحاضرة ما خلفه فقهاء الشريعة الاسلامية من تراث ثمين ، وربط ما بينه وبين الفقه في أوضاعه الحديثة .

وان من يطالع كتب الشريعة ليستولى عليه شعور بالغبطة مع شعور بالاعتزاز والفخر ، لما كان عليه فقهاؤها من دقة في البحث ، وتعمق في التحليل ، ولما استنبطوه من حلول رائعة لمختلف المسائل وشتى المنازعات .

وبقدر هذا الشعور يستقبل رجال القانون في مصر كل مؤلف يكشف لهم شيئا من هذا الجانب ويلقى من حولهم نورا في طريقهم إلى هذا البحث .

ولقد طالعت كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للشيخ محمد أبو زهره ، فوجدته متنابها آراء فقهاء الشريعة في المعاملات ومقارناتها آراء فقهاء القانون في الوقت الحاضر وعاملا على التقريب بينهما . وهو من الناحية الشرعية قد كشف لنا عن كنوز الشريعة فيما تعرض له من موضوعاتها ، ووضعها في عبارة لاغرض فيها ولا إبهام ، ومهد السبيل الى تفهمها ، ولم يكتف بنقل الأحكام ، بل عمد الى الأدلة فجلاها في بيان مستفيض . وفي بيان المسائل المختلف

فيها يحل وجوه الخلاف وأدلة كل فريق ، ويبين طريقته ، مما يربى في طالب القانون ملكة الموازنة بين الأدلة عند تعارضها .

ولقد لاحظت أن المؤلف لا يكتفى بذكر الفروع الجزئية وأحكامها ، بل يردها إلى أصولها ، وبهذا يبين أن لكل حكم جزئي أصلا كليا يتفرع عنه ، وأنه بهذه المحاولة الموفقة قد قرب لقارئه قواعد الشريعة وبينها ، وفي ذلك خدمة جليلة للشريعة وللبحث العلمي . ومعرفة الشريعة على هذا النحو تأخذ بيد طالبها إلى لبها ومعناها ، فلا يفتنى جهوده في تفصيلات وتفريعات قد تباعده عن المقصد ، ولا توصله إليه .

هذا والمسلك الذي سلكه المؤلف في كتابه يجعل له أثرا طيبا ويجعل منه باكورة تؤذن بأوفر الخير . ونرجو أن يلحق هذا الكتاب أمثاله حتى يتم النفع وتحقق الغاية المقصودة من وضعه .

محمد طاهر مرسى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أما بعد فقد قمت بتدريس المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق عامين متتاليين ، وهذا ثالثهما ، ولقد كانت ثمرة تلك الدراسة هذا الكتاب الذي أخرجته للناس ، تهديت فيه الطريق الذي أنارته لي معالجة الدرس ، ومداومة البحث في مصادر الشريعة ومواردها . ولقد عانيت فيه بأمرين ، جعلتها هدفاً مقصوداً ، وغرضاً منشوداً : (أحدهما) شرح أدلة الأحكام وتوجيهها ، لا أذكر قضية إلا بينت عمادها من النقل ، وسنادها من العقل ، وأصلها من الفقه وذلك لأن روح الفقه الاستدلال ، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل الجسم قد فقد الروح . وإن الأحكام الشرعية هي آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف ، ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ما قالوه مقروناً بأدلتهم ، مؤيدين بحججه ، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف ، وما الذي يذكر الأحكام من غير أدلتها إلا كمن يتقدم في الخصارم أمام القضاء ، طالباً حقاً من غير دليل يقدمه أو يئنه يقيمها ، معتمداً على عطف الخصوم ، وقد تنكروا له .

وان الاستدلال يربى في طالب القانون روح التحصيل ومناقشة

الآراء ، ويشحذ ذهنه ، ويرهف مداركه ، ويعوده تلمس الحق في متنازع الآراء ، ومضطرب الأفكار .

(الأمر الثاني) مما عنيت به يسان القواعد الفقهية التي انفرعت منها فروع الشريعة ، وانشعبت منها مسائلها ، فاني رأيت قالة قد شاعت ، بين قوم ، قوامها أن الشريعة ليست الا حلولا جزئية ، فكان جد لازم على أن أعني بقواعد الشريعة وأن أضعها في مطارح أنظارهم ، عساهم يبصرونها ، وأن أقربها من أيديهم عساهم يامسونها ، فجمعت من القواعد في هذا الكتاب ما قد يرد الحق الى نصابه ، وينصف حقيقة طالما تجني عليها النظر العاجل ، والبحث الناقص الذي لا يعتمد على الاستقراء والتتبع .

وأنا لا أدعى بصنيعة في هذا الكتاب أني قد أثبت بيدي لم أسبق به ، بل لقد سبقني الى خدمة الشريعة رجالات خدموا الفقه الاسلامي في هذا الجيل ، وكانت مدرسة القضاء الشرعي ، وكلية الحقوق الميدانين اللذين برز فيهما أولئك الأقطاب ، رحم الله من مضى منهم ، وحفظ لنا من بقى ، ورضى عنهم جميعا وأرضاهم ، ووفقنا لأن نتقن آثامهم ، والله الهادي الى سواء السبيل .

محمد أبو زهرة

الفهرس

المامة موجزة بتاريخ الفقه الاسلامى

- ص ١ — ارتباط الصرية الاسلامية بالدين ٢ — أدوار الفقه الاسلامى ومصادره
٣ — القرآن الكريم وما اشتمل عليه من شرائع ٩ — السنة النبوية ١٤ — الفقه
في عصر الصحابة ١٥ — اختلافهم في مقدار الاعتماد على رأى ١٧ — فتاويهم الأحادية
والجماعية ١٨ — الاختلاف الذى كان يعم بينهم وأسبابه وأثره
٢٠ — الفقه في عصر التابعين — ما جد في هذا العصر ٢٣ — أهل رأى وأهل الحديث
٢٥ — الفقه في عصر الأئمة . ما امتاز به هذا العصر ، المصادر الفقهية فيه ٢٨ — تدوين
الآراء وتميز المذاهب ٢٩ — عدم تفسير قانون اسلامى ٣٠ — كلة موجزة في تاريخ
الأئمة ، أبوحنيفة ٣٢ — تلاميذه ٣٣ — مالك ٣٥ — الشافعى ٣٦ — أحمد بن حنبل
٣٧ — الفقه في عصر التقليد — أسباب اغلاق باب الاجتهاد

الكتاب الأول في الأموال والملكية

المال

- ص ٤٣ — تعريف المال ٤٤ — المال المتقوم وغير المتقوم ٤٨ — الخلاف في كون
المنافع أموالا ٥١ — الأموال القبية والأموال الثلية ٥٦ — القار والمنقول

العلاقة بين الانسان والمال

- ص ٦١ — تعريف الملك ٦٣ — قابلية الأموال للملك والتملك ٦٤ — الملك التام
والناقص وخواص الملك التام ٦٥ — ملك الرقبة وحدها وأسبابه ٦٨ — الفرق بين
حق الانتفاع وملك المنفعة ٦٩ — أسباب ملك المنفعة ٧٢ — خواصه ٧٣ — ضمان
العين المنتفع بها

حقوق الارتفاق

- ص ٧٥ — تعريف حق الارتفاق وأقسامه ٧٦ — حق المرب والمجرى
٨٨ — حق السيل ٨٩ — حق المرور ٩٣ — التصرف في حقوق الارتفاق

حقوق الجوار

- ص ٩٨ — نوع حق الجوار ومنشؤه ، وأحكام الجوار بين صاحب العار والسفل
١٠٤ — الجوار المطلق وأحكامه

أسباب الملك التام

- ص ١٠٧ — أقسامها ١٠٩ — احياء الموات ومعناه ١١١ — سبب الملكية في الاحياء

ص ١١٣ — التجبير ١١٥ — أثر الملك بالأحياء ١١٧ — أحياء الموات في القانون المدني
 ص ١٢٢ — الاستيلاء على الركاز — تعريف الركاز واختلاف الفقهاء في معناه
 ١٢٣ — رأى مالك في المعدن ١٢٥ — مذهب الشافعي فيه ١٢٦ — مذهب الحنفي فيه
 ١٣٢ — آراء الفقهاء في الكنوز ١٣٥ — أحكام المادن والكنوز في القانون المدني
 ١٣٧ — الصيد ١٣٩ — حيازة المباح

وضع اليد مدة طويلة

ص ١٤١ — أثر وضع اليد مدة طويلة في الميرعة والقانون — المدة التي عينها الفقهاء
 ١٤٢ — إنباء المدة
 ص ١٤٣ — تزاع الملك جبرا عن صاحبه وأسبابه

الشفعة

ص ١٤٥ — تعريفها وأسبابها، وحكمة مشروعيها ١٤٧ — الشفعاء ١٤٩ — درجات
 الشفعاء ١٥٢ — غيبة أحد الشفعاء ١٥٣ — شروط الشفعة — شرط المشفوع فيه
 والمشفوع به ١٥٤ — العقود التي تجوز الشفعة بسببها ١٥٧ — الشفعة للوارث
 ١٥٩ — طلب الشفعة ١٦١ — الخصم في طلب الشفعة ١٦٢ — الملك بالشفعة
 ١٦٢ — سقطات الشفعة

الكتاب الثاني — نظرية العقد في الشريعة

العقد

ص ١٧١ — تعريف العقد ١٧٣ — ركن العقد ١٧٦ — خيار المجلس

الارادة المنفردة

ص ١٨٢ — اختلاف الفقه الحديث في نظرية الارادة المنفردة ١٨٥ — موقف الميرعة
 منها ١٨٦ — التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة في الميرعة — الوقف ١٨٧ — الإبراء —
 الكفالة ١٩٠ — الاستقاطات

الرضا

ص ١٩٠ — الفرق بين الاختيار والرضا واختلاف الفقهاء في ذلك ١٩٢ — أثر فقد
 الرضا في العقود ١٩٥ — العقود الرضائية والشككية ١٩٦ — العقود في الميرعة رضائية
 ١٩٧ — الشككية في عقد الزواج

الألغاط

ص ٢٠١ — مقام الألغاط في العقود ٢٠٣ — انعقاد العقود بالأفعال ٢٠٦ — عقد
 النكاح لا ينعقد إلا بالألغاط ٢٠٨ — الارادة الخفية والألغاط ٢٠٩ — انقسام الفقهاء بالنسبة
 لذلك ٢١٢ — رأى الحنفي في هذا المقام

الارادة وآثار العقود

ص ٢١٦ — الارادة تنفى الآثار في القانون بخلاف الصريفة ٢٢٠ — اختلاف الفقهاء
حول التشدد في هذا المقام ٢٢٢ — رأينا المستنبط من المصادر الصريفة

حرية التعاقد

ص ٢٢٣ — المراد من حرية التعاقد ٢٢٤ — اختلاف الفقهاء بشأن اطلاقها وأدلة من
يرون تقييدها ٢٢٦ — أدلة من يرون اطلاقها ٢٢٨ — كثرة الفقهاء على عدم وجوب
الوفاء حتى يقوم الدليل وتوسعهم في معنى الدليل ٢٢٩ — الأدلة الموسعة — العرف
٢٣٢ — الاستحسان ٢٣٤ — المصالح المرسلة

الشروط المقرنة بالعقود

ص ٢٣٦ — الصريفة لا توجب الوفاء بكل شرط — اختلاف الفقهاء في ذلك
٢٣٨ — رأى الوسط في هذا المقام ، وهو رأى الشاطبي ٢٣٩ — تقسيم الحنفية للشروط
٢٤٢ — رأى المالكية في شروط المعاقدين ٢٤٤ — رأى الشافعي ٢٤٥ — رأى
ابن حنبل

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

ص ٢٤٦ — العقد المنتجز والمضاف ٢٤٧ — العقد المعلق ، والفرق بينه وبين المضاف ،
والخلاف في ذلك ٢٥٠ — العقود في حالة التنجيز ٢٥١ — العقود في حال الاضافة
٢٥٢ — العقود في حال التعليق

محل العقد

ص ٢٥٥ — ما اتفق عليه الفقهاء بالنسبة لمحل العقد ٢٥٧ — عدم صلاحية المدوم
لأن يكون محلا للعقد والخلاف في ذلك ٢٥٩ — الجهالة وأثرها

الصاقد

ص ٢٦٢ — الأهلية — أهلية الوجوب وأهلية الأداء ٢٦٣ — ابتداء أهلية الوجوب —
الزعة ومعناها ٢٦٦ — أهلية الوجوب للكاملة والناقصة ٢٧٠ — أهلية الأداء
٢٧١ — أهلية الأداء الكاملة والفاصرة ، ومن تثبت لهم ٢٧٢ — الصبي المميز
٢٧٦ — السفيه ٢٨٥ — ذو الفعلة ٢٨٦ — المعتوه ٢٨٧ — مدنى ما يملكه
قاصر الأهلية من التصرفات والاختلاف في ذلك ٢٨٩ — التصرفات بالنسبة لنقص الأهلية
عند الحنفية ٢٩١ — التصرفات التي لا تقبل النقص اذا صدرت عن السفيه
٢٩٤ — أهلية المرأة

المريض مرض الموت

ص ٣٠١

ص ٣٠٢ — تعريف مرض الموت ٣٠٤ — ما يلحق بالمرض وإن لم يكن مرضاً
٣٠٦ — الأمراض التي يمتد زمنها ٣٠٨ — أهلية المريض ٣٠٩ — تملق حق الدائنين
والورثة بإله ، واختلاف نوع التعلق ، وحقيقته ٣١٤ — التصرفات النافذة من المريض
وغير النافذة ٣٢١ — أهلية المريض في القانون المدني

الولاية على العقد

ص ٣٢٨ — الفرق بين الأهلية والولاية ٣٢٩ — أسباب الولاية ٣٣٠ — العقد بالوكالة
٣٣٢ — مصدر ولاية الوكيل على العقد ، ومداها ٣٣٥ — من ترجع إليه أحكام
العقد وحقوقه ٣٤١ — ما يخرج به الوكيل عن حدود الوكالة ، وما تنتهي به وكالته
٣٤٣ — عقود الفضول والخلاف فيها ٣٤٨ — تولى الماقد الواحد صيغة العقد من الجانبين

أوصاف العقد

٣٥٥ — معنى وصف العقد واختلاف الفقهاء في شأن التفرقة بين العقد الباطل والفاسد
ومحور هذا الخلاف ٣٦٠ — أحكام العقود الباطلة والفاسدة والصحيحة ٣٦١ — التفرقة
بين باطل التكاح وفاسده ومناقشتها ٣٦٤ — أقسام العقد الصحيح ٣٦٥ — العقد
الموقوف — العقد اللازم وغير اللازم

الخيارات

٣٦٩ — معنى الخيار شرعاً وأقسامه ٣٧٠ — خيار التبيين وشروطه وما يدخله من
عقود ، وأثره فيها ٣٧٤ — خيار المهرط ٣٧٥ — مدته ٣٧٦ — من له الحق
في اشتراطه ٣٧٨ — العقود التي يدخلها خيار المهرط ، وأثره فيها ٣٨٠ — ما ينتهي
به خيار المهرط ٣٨١ — خيار الرؤية . الاختلاف في ثبوته شرعاً ٣٨٣ — العقود
التي يثبت فيها خيار الرؤية ٣٨٥ — من يثبت له هذا الخيار ٣٨٦ — ما يسقط به
٣٨٧ — خيار العيب وأساس ثبوته شرعاً ٣٨٨ — العيب الذي يثبت به الخيار
٣٨٩ — أثر ثبوت خيار العيب
٣٩١ — الفسخ بالخيارات وحاجته الى القضاء ٣٩٣ — وراثة الخيار

عيوب العقد

٣٩٤ — المراد بعيوب العقد ٣٩٤ — الاكراه ٣٩٥ — الاكراه الملجئ
وغير الملجئ ٣٩٦ — أثر الاكراه بقسميه في التصرفات
٤٠٠ — الغلط — مناهة شرعاً ، وأقسامه ، وأثره
٤٠٢ — الغبن والتغريب وأثرهما

المأمة موجزة بتاريخ الفقه الاسلامي^(١)

١ — الشريعة الاسلامية تعتمد على الدين ، وتقوم على أساسه ، وتسير على هديه . وفقهاء المسلمين مهما تشعب مسالكهم ، وتتنوع مشاربهم ، وتختلف مناهجهم — يتجهون جميعا صوب الدين ، وينهلون من عذبه . كل يقول قوله ، ويذهب مذهبه ، على أنه شرع الله وفهمه لدين الله ، فأبو حنيفة مثلاً يقول في آرائه في العبادات ، ومعاملات الناس ، ونظام الأسرة ، والعقوبات الزاجرة — أنها فهمه للإسلام ، وشرعه في هذه المسائل جميعا . وكذلك غيره من أعلام الأئمة ، وفقهاء المسلمين ، كلهم يتون الى هذا الدين بنسب ، ويربطون بين ما يستنبطون والوحي المنزل على لسان النبي المرسل بأسباب تقص وتطول ، وتقر وتبعد . ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام — فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد القروع الى أصولها ، والنتائج الى مقدماتها ، والأحكام الى غاياتها ، والآراء الى مقاصد قائلها ، وان من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرها يكون من غير شجر ، أو أن غصونا تقوم على غير جذوع .

وليس في كون الفقه الاسلامي مستمداً ينابيعه من الدين ، وقائماً على أساسه — غرض من قيمته ولا نقص من قدر المستنبطين له المفرعين لقروعه ، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم ، وقويم ادراكهم ، أن قوانين تستمد من الدين ، ويظلمها بظلمه ، تكون أمس بالوجدان ، وأمكن في الصميم ، وأقرب في النفس ، يطيعها الناس لا بعضا السلطان ولا بقره الحكم ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة في النعيم القيم ، فتكون الطاعة

(١) هذه المأمة موجزة أشد الإيجاز كتبناها تصديراً لهذا الكتاب ليكون الطالب الفاضل على نوع من البينة بأدوار الفقه ويستطيع أن يدرك محتويات الكتاب ، ولنترك التفصيل الى درس تاريخ الفقه وأصوله في السنة الرابعة بكلية الحقوق المصرية .

ارهاقا للاحاساس ، وايقاظا للمشاعر ، وتنمية لنوازح الخير ، وتطهيرا للنفس من نوازح الشر ، ولا تكون الطاعة ضربا من ضروب المسكنة ، والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما فى القانون من داعيات الخير ، ومراعى الاصلاح ؛ إذ ينفذ على أنه ارادة الحاكم ، ورغبة السلطان ، وهما واجبا الطاعة من غير أى نظر وراء ذلك .

(٣) وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله ؛ اذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله ، اذا ضعفت مراقبة الانسان .

وان ربط القانون الاسلامى بالدين جعله مرتبطا كل الارتباط بقانون الأخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على أنه فضائل ، فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده عن الأخلاق الكريمة ، فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدتين متلاقيين ، ومن قبلها كان ذلك حلا للفلاسفة والمصلحين ، يحلمون به ، فان حاولوا تطبيقه ، أيقظتهم الحقيقة ، وأيئسهم الواقع المستقر .

وان استمداد الفقه الاسلامى يناييعه من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية وجعل القانون مسيطرا على الحاكم والمحكوم ؛ فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنهم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأنهم مسئولون عن تنفيذها ؛ وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيда للحاكم ، وتهذيبا للمحكوم .

٢ — ومن أجل أن الشريعة تستمد سلطاتها من الدين وجب ونحن نتقصى أدوارها ، ونتتبع مدارجها أن نرجع الى زمن الوحي ، والرسول ينزل عليه هذا الدين الكريم ؛ فأول دور من أدوار الفقه الاسلامى كان فى عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن الفقه فى هذا الدور من عمل الناس ، بل كان المرجع

الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، يستفتونه فيما يعرض لهم من شئون ، وما يلا سبهم من أمور تتعلق بأسرهم ، أو باجتماعهم ، أو بمعاملاتهم ، فيفتيهم بوحى من الله بقرآن ينزل ، أو بوحى يوحى ، أو باجتهاده عليه السلام ثم يقره الله تعالى عليه ، وإن كان خطأ نبه الله الى الصواب فيه ^(١) . ولم يكن من الناس فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم اجتهاد الا اذا كانوا بعبيدين عنه ، ويعرض لهم ما لا يجدونه فيما علموا من قرآن أو فتاوى الرسول ، فيجتهدون ، واذا لقوه عليه السلام عرضوا عليه ما وصلوا اليه ، فيقرهم ان كانوا مصيبين ، ويبين لهم الحق ان كانوا مخطئين ؛ ولذلك كان من الحق علينا أن نقول ان القانون الاسلامى فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتمد على القرآن الذى نزل على النبى صلى الله عليه وسلم ، وعلى أقواله وفتاويه وأحكامه عليه السلام ؛ وتشكل فى كل من هذين القسمين كلمة .

٣ — **القرآن الكريم** : هو معجزة النبى صلى الله عليه وسلم الكبرى ، نزل به الروح الأمين على النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة وعشرين عاما منجى ، تنزل عليه الآية أو الآيات لما يناسبها من موضع لدعاة ، أو مقام لهداية ، أو أحداث اجتماعية ، لتكون تلك الأحداث مبينة لمآها ، وليكون الناس على بينة من حكمة الشريعة فيها ، وليكون المؤمنون أكثر اقبالا عليها ، اذ تنزل وقت الحاجة اليها . وكثيراً ما كانت تنزل الآية بعد تكرار السؤال فى موضوعها ، فيكون معناها متمكناً فى النفس فضل تمكن .

وفى القرآن سور مكية ، وأخرى مدنية ، فالمكية ما نزلت بمكة ، والمدنية ما نزلت بالمدينة ، والسور المكية تنصدى فى أكثر ما تنصدى له لبيان الأصول الأولى للإسلام فتبين العقيدة الاسلامية ، وأساس الوجدانية ، وتحادل المشركين ، ثم تبين بعض العبادات التى تؤكد عقيدة التوحيد ، وتثبتها فى القلوب ، ولا تنصدى إلا قليلاً لبيان الشرائع التى تنظم المدينة والأسرة ، وترتبط الجماعة

(١) كما فى مسألة اسرى بدر اذ قرر فداءهم باجتهاده مع الصحابة فنزل قوله تعالى : « ما كان لنبى أن يكون له اسرى حتى يثخن فى الأرض » الآية .

الانسانية بأواصر من المودة والرحمة . وحكمة ذلك جلية واضحة ، فإن المسلمين الأولين كانوا مستضعفين في الأرض يسامون الخسف ، ويلاقون الحتف ، وهم يلاحون المشركين ، ويتناضلونهم بسهام من الحجج لاثبات التوحيد ، وبطالان الشرك ، وتنزيه النفس عن بوائق الجاهلية ، وأدران الوثنية ، ولم تكن قد تكونت منهم وحدة اجتماعية تستقل بشئون نفسها ، ويشرع لها من النظم ما تسير عليه وتحكم به . حتى إذا هاجر النبي الى المدينة ، وكان من المسلمين جماعة مستقلة بأمورها لها وحدة جامعة ، وشوكة وقوة نزلت الآيات القرآنية المنظمة لهذا الاجتماع ، الرابطة بين آحاده فكانت لهذا السور المدنية مشتملة على الشرائع والأحكام ، لتتكون بها من هذه الجماعة المدينة الفاضلة التي كانت أمنية المصلحين والمفكرين ، لذلك تقول أن أكثر شرائع القرآن كانت بالمدينة ، لأن أكثر آيات الأحكام نزل بالمدينة .

وليست التفرقة بين المكي والمدني من سور القرآن الكريم معناها أنها قسمان متقابلان أو نوعان متغايران ، بل انها يكونان وحدة متلاقية متناسبة الأجزاء ، وان المكي أصل ينبئ عليه للمدني ، أو المكي ابتداء ، ونهايته المدني ، ولقد يقول الشاطبي في موافقاته « ان المدني من السور ينبغى أن يكون منزلا في الفهم على المكي ، وكذلك المكي بعضه مع بعضه ، والمدني بعضه مع بعضه . والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدني في الغالب مبنى على المكي ، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبنى على متقدمه . دل على ذلك الاستقراء ، وذلك انما يكون ببيان مجمل أو تخصيص عموم ، أو تقييد مطلق ، أو تكميل ما لم يظهر تكميله »^(١) . وكأن الشاطبي يرمى بهذا القول الى تقرير حقيقة ثابتة ، وهي أن القرآن مترابط الأجزاء ، بعضه أخذ بحجز بعضه الى غاية واحدة ، وهو تماسك بمرورة واحدة ، هي اصلاح الناس في معاشهم ، واقامة بنيانهم على دعامة من الفضيلة والرحمة وهو في هذا يسير سير التدرج ، والتنقل من

المأولف إلى غيره ، ولا يصار الى الثانى ، حتى تستأنس النفس به وتسكن اليه .
ولقد يبدو بادى الرأى أن القرآن الكريم غير متصل الأجزاء اتصالا
منطقيا ، كما يبدو فى الكتب التى يؤلفها الناس ، ولكن من المؤكد الذى لا ريب
فيه عند الذين يفقهون ما ينبغى للمصلح أن يسلكه أن القرآن مرتب مسلسل من
الناحية الاجتماعية الاصلاحية ، فهو قد عالج نفوس العرب من شماسها ، وطب لها
بما أخرجها عن شكاسها ، وكانت كافة الآيات تنزل فى المناسبات مصلحة أو معالجة
عندما يجدى العلاج ، وهى تعطى للمدرك الأريب صورة المصلح كأنه الطبيب
البارع ، يحل الموضع عندما يشتد ألم القرحة ، ويهون بجواره ألم البضع ^(١) ،
فالآيات القرآنية مترابطة من حيث اصلاحها تنزل الآية لاصلاح حال قد حان
حينه ، وجاء إبانها ، وهى تسير فى هذا بخطوات متلاحقة كل خطوة متممة
لسابقتها ، وممهدة للاحتتها ، حتى إذا تم نزوله كملت الشريعة ، وكان بين يدى
الناس وحدة كاملة فيها اصلاح للناس ، وفيها هداىهم ، وفيها أصول لأكل
الشرايع ، ولقد صدق الله تعالى ، إذ يقول فى آخر آية نزلت : « اليوم أكملت
لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتى ، ورضيت لكم الاسلام ديناً » .
وان القارىء لفقه القرآن المتفهم له يلاحظ ثلاثة أمور واضحة بينة :

(أحدها) أن الآيات القرآنية التى تتعرض لبيان أمر شرعى واجب الاتباع
لازم الأداء تترن الحكم بالحكمة ، والأمر بما فى الاجابة من نفع للطبيع
ومصلحة للناس ، فتحرىم الخمر مثلا اقترن بحكمته ، وصاحبه بيان مغبة العصيان
وغاياته ، إذ يقول تعالت كلمته : « يا أيها الذين آمنوا ، انما الخمر والميسر والأنصاب
والأزلام رجس من عمل الشيطان ، فاجتنبوه لعلكم تفلحون ؛ انما يريد الشيطان
أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله ، وعن

(١) والشال الحى لتلك آيات الخمر ، نه أولا فى رفق الى انهما ، ثم نهى عن قربان
الصلابة ، والشخص نكران ، حتى اذا أنسوا بالامتناع ، وأرهف احساسهم ، فأدركوا
مسارها ، حتى لقد قال قائمهم اللهم بين لنا فى الخمر بيانا شافيا نزل النبى القاطع « يا أيها الذين
آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان الخ » .

الصلاة ، فهل أنتم منتبهون . ونرى أنه سبحانه وتعالى في آية المداينة بعد أن طلب من المتدينين أن يكتبوا ، وبين ما يجب أن يكون عند الكتابة ، يقول في بيان الحكمة والغاية الصالحة : « ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » وربما لا يكتفى في بعض آى القرآن الحكيم بالحكمة والوصف المناسب للطلب أو المنع ، بل يضاف الى ذلك التهيب بعذاب الله ومقته ينزل بالعصاة الآئمين كما ترى في النهى عن أكل أموال الناس الا بالرضا ، فإله سبحانه وتعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا أنفسكم ، ان الله كان بكم رحيماً ، ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيراً . » وكما ترى في قوله تعالى في تحريم الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ؛ ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فاتمى فله ما سلف ، وأمره الى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يحق الله الربا ، ويربى الصدقات ، والله لا يجب كل كفار أئيم » الى أن يقول تعالت آياته : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله ، وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظالمون . وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » . وهكذا ترى اقتران الأمر القانوني بحكمته ، والترغيب عند الطاعة ، والتهيب بالعذاب فى اليوم الآخر عند المعصية . وما ذاك الا لأن القرآن كتاب هداية عامة وارشاد ، وتهذيب للنفس ، وتطهير لها من أدران الاثم والظغيان ؛ فلم يكن قانونا لكل القوانين ، تحكم صيغته وسوط العذاب ، وغيبات السجن تتولى التنفيذ ، بل انه قانون السماء ، وشرع الله يحل فى نفسه ذرائع تنفيذه ، ويخاطب الوجدان ، فتمتنع النفس عن العصيان ؛ ويكون من الخشية والروعة والهبة رقباء على التنفيذ ، لا تعزب عن رقابتها شاردة ولا نازغة من شر ، وذلك لمن ذاق حلاوة القرآن ، وخالطت قلبه بشاشته ،

ومازجت نفسه هدايته ، فهو قانون الله وحديثه للناس ، يرون فيه رياض الروح ، ونور الله ، ورهبة المنتقم الجبار ، ولقد صدق الله العظيم ، اذ يقول : « الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ، ثم تالين جلودهم وقلوبهم الى ذكر الله ، ذلك هدى الله يهدى به من يشاء ، ومن يضل الله فما له من هاد » .

(ثانيها) أن الآيات التي تصدى لبيان الأحكام قليلة ان أضيفت الى مجموع آى الكتاب الكريم ، فمجموع آى القرآن نحو ستة آلاف آية ، تصدى لبيان الأحكام منها نحو مائتين على خلاف فى بعض هذه الآيات من حيث دلالتها على الأحكام ، ويلاحظ أن تلك الآيات منشورة فى القرآن الكريم ، وليست مفصولة عن سائر آيه ، ولا تجتمع آيات الموضوع الواحد فى موضع واحد ، بل تتفرق ، فتجد الآيات المتعلقة باليتامى فى مواضع فى كتاب الله متفرقة تتباعد وتتقارب . ففي سورة البقرة ، وفى سورة النساء ، وفى سورة الأنعام ، وفى سورة الاسراء وغير ذلك . وأحيانا تجد أكثر الأحكام الخاصة بموضوع فى موضع ، والقليل منه فى مواضع كأحكام النكاح تجد أكثر ما تعرض له القرآن فى سورة النساء والباقي متفرق فى سور مختلفة ، والميراث كذلك . والطلاق تجد أكثر أحكامه فى سورة البقرة ، حتى سماها سورة الطلاق الكبرى بعض الصحابة ، والقليل فى بعض سور أخرى ، وهكذا تجد للموضوع الواحد يبين حكمه القرآن الكريم فى عدة مواضع . وهنا يتساءل الباحث لماذا لم تجتمع أحكام الموضوع الواحد فى موضع لا تعدوه ؟ والجواب عن ذلك أن القرآن ليس قانونا مؤلفا ذا مواد ، وليس كتابا علميا مجزء الأبواب ، متميز الفصول ، بل هو كتاب هداية وارشاد ينحو فى أسلوبه وسياقه وتقسيمه منحى التأثير ، لا منحى التأليف ، يخاطب الموعظة الحسننة بالأمر الشرعى ، والترغيب والترهيب بالمنع والتحریم ، وما فيه مصاحبة بنى الانسان ببيان سلطان الله وجبروته ويخاطب ما فيه اقامة العدل والقسطاس المستقيم بالجزاء يوم الدين بالنعيم المقیم أو العذاب الأليم ، واذا كانت

الغاية من نسق القرآن هي التأثير في النفس ، وجعل أحكامه تنساغ فيها من غير قوة خارجة عنه إلا لمن عاث في الأرض فسادا — اقتضت حكمة الله ، وهو العليم الخبير أن يسير في كتابه على نهج يحاكي خواطر النفوس ، وخلقيات القلوب ، لا على نهج التأليف والتجميع الذي يأخذ البشر به أنفسهم فيما يؤلفون هذا وما كانت تنزل آيات الأحكام في الموضوع الواحد دفعة واحدة ، بل كانت تنزل للمناسبات ، وعلى حسب ملائسات الاجتماع ، ليستدرجهم ربههم إلى أحكامه مما يألفون ، وبتقدير ما يطبقون ، فينزل من أحكام الموضوع ما يأسون به ، حتى اذا نهذت بالايمان النفوس ، وأصبحت تألف ما لم تكن تألف نزل من الأحكام ما صاروا يستأنسون به بعد الاستيحاش . ولعل ذلك كان من أسباب عدم تجمع أحكام الموضوع الواحد في موضع واحد .

(ثالثها) ان القرآن الكريم لم يبين الأحكام بالتفصيل ، بل ذكرها بالأجمال ، وليس ذلك مقصوداً على بيان ما يتعلق بنظام المجتمع ، بل فيما يتعلق بالعبادات كذلك ، فقد أمر بالزكاة ، ولم يفصل أحكامها ، وأمر بالصلاة ، ولم يبين أركانها . وفي معاملات الناس ، وتنظيم اجتماعهم يتصدى للقضايا الكلية ، لا يفصل القروع الجزئية ، فهو ينهى الناس عن أكل الأموال بالباطل من غير أن يبين أنواعه ، ويحصي فروعه ، ويجعل الرضا سبباً عاماً في انتقال الأموال والحقوق من غير أن يعين ما يدخل في محومه ، ويأمر بالوفاء بالعقود والقيام بالتعهدات من غير أن يبين أنواعها ، وأقسامها ، ويأمر بالعدل من غير أن يبين ذرائع تحقيقه ، ويأمر بالشورى في مثل قوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » من غير أن يبين أساليبها ، وطرقها . وهكذا تجد القرآن في تنظيم المجتمع ومعاملات الناس بين القواعد الكلية ، ولم يبين التفاصيل الجزئية ، وذلك لأن القرآن الكريم يخاطب بأحكامه المؤمنين به في كل زمان ومكان ، والناس لا يكادون يختلفون في القواعد الكلية التي يقوم عليها بنيان الاجتماع ، والتعامل بين الناس ، فاليثبات الاجتماعية والفكرية والطوعية مهما تتخالف وتباين بحسب الأماكن

والأزمان ، والأجناس ، فان يصل خلافا الى القضايا الكلية ، بل لا يعدو القروع والجزيئات ، من أجل هذا تصدى القرآن لبيان الكليات فقط ، فكان صالحا لكل زمان ولكل مكان ، وان الكليات تشتق من الفطرة الانسانية ، وتستقي من ينبوعها ، وفطرة الانسان لا تؤثر فيها البيئات ، فجاء القرآن كاشفاً عن تلك الفطرة مبيناً لقضاياها فكان الاسلام بحق دين الفطرة : « فطرة الله التي فطر الناس عليها ، ذلك الدين القيم ، ولكن أكثر الناس لا يعلمون » ولأن القرآن الكريم لم يقصد في بيان الأحكام إلا للكليات ، ولم يخض في التفاصيل كانت آيات الأحكام مع قلتها ، شاملة جامعة ترجع اليها كل أحكام الشريعة وتفصيلها . ولذلك عد القرآن الكريم الحجة الكبرى والمرجع الأول بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد لهذه الشريعة القراء ، وغيره من المصادر تفصيل لجملة ، أو توضيح له ، أو تخرج على أصوله ، أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متشابهة ، فيجب الاستمسك به ، والرجوع اليه أولاً . ولقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن هذا القرآن حبل الله ، وهو النور المبين ، والشفاء النافع ، عصمة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تبعه ، لا يعوج فيقوم ، ولا يزيغ فيستعتب ، ولا تنفضي عجائبه ، ولا يخلق على كثرة الرد » .

٥ — السنة النبوية — وهي المصدر الثاني للشريعة القراء ، وقد كانت

هي القطب الذي اعتمد عليه المسلمون في شرائعهم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، فما كان المسلمون الأولون في عهده يرجعون فيما يشكل عليهم من أمورهم الى الكتاب رأساً ، بل كان النبي يبينه لهم ، ويوضح ما يخفى عليهم من أحكامه ، فالنبي كان المرجع في كل شيء ، في بيان القرآن ، وفي الفتيا فيما لم ينزل فيه قرآن ، وفي الأحكام بينهم . وكل ذلك بوحى يوحى أو باجتهاده الذي يقره الله عليه ، وبهذا الاقرار وعدم التنبيه على الخطأ يرتفع الى منزلة الموحى به مادام في أمر يتصل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه .

وكلمة السنة تطلق على أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله ، وتقريراته

وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب الأخذ بها والسير على منهاجها ؛ لأنها الحجة الثانية لهذا الدين ، وبهذا أمر القرآن الكريم ، فلقد قال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » . وقال : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » وقال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه ، وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال عز من قائل « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً » ، وقال : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليماً » . ولقد تنبأ صلى الله عليه وسلم بأن سيحىء أقوام يتشادقون بأنهم لا يرجعون إلا إلى كتاب الله ، فقال : « يوشك رجل منكم متكئاً على أريكته يحدث بمحدث عنى . فيقول : بيننا وبينكم كتاب الله ، فما وجدناه فيه من حلال استحللناه ، وما وجدناه فيه من حرام حرمناه . ألا وإن ما حرم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مثل الذى حرم الله » .

٦ — كل هذا يدل على أن السنة النبوية حجة في هذه الشريعة ، وكان عليها الاعتماد مع القرآن في عصر النبي عليه السلام ، بل كانوا لا يعولون في بيان القرآن إلا على ما يسمعون منه صلى الله عليه وسلم كما أشرنا . ولكن هل كل ما ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام وكل ما كان منه يراه المسلمون حجة يجب الاستمسك به ، وديننا يجب اعتناقه ، وهدى يجب السير على نوره ؟ لأجل الإجابة عن هذا السؤال يجب التفرقة بين ما يفعله على أنه تبليغ لرسالة ربه ، وتبيين لأحكام شرعه ، وبين ما يفعله على أنه بشر ، وما يرتثيه على أنه شأن من شئون الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس ، فأما الأول فهو الحجة الشرعية ، والمصدر الثانى للشرع الإسلامى سواء أكان مستنداً إلى الوحى أم إلى اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لأن اجتهاده صلى الله عليه وسلم بمنزلة الوحى ؛ إذ قد عصمه أن يتقرر رأيه على الخطأ ، واجتهاد النبي صلى الله عليه

وسلم ليس مقصوداً على الاستنباط من النصوص ، كما يظن ، بل أكثر ما يكون مما علمه ربه من مقاصد الشرع وقانونه ، فيبين بالاجتهاد تلك المقاصد المتلقاة بالوحي ^(١) .

وأما الثانى ، وهو ما يكون من النبى من أقوال وأفعال لا تتصل بالرسالة وتبليغ الشرع فليس رأيه فيه عليه السلام حجة فى الشرع ولا مصدراً من مصادرهِ ^(٢) ؛ لأن ما يكون حجة هو ما يفعله الرسول بوصف كونه رسولا ، أما فيما عدا ذلك فقد وردت الآثار عنه عليه السلام بأنه يقبل كلامه فيه الخطأ كما يقبله كلام سائر الناس . ولقد روى عنه عليه السلام أنه قال « إنما أنا بشر ، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به ، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي ، فإنما أنا بشر » ، ولقد أراد أن ينزل النبى صلى الله عليه وسلم منزلاً للحرب ، فقيل له : إن كان بوحى فسمعا وطاعة ، وإن كان باجتهاد ورأى فليس منزل مكيدة ، فقال بل باجتهاد ورأى فرحل .

ومن القسم الثانى تحقيق النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصوم ، وقضاؤه بينهم بمقتضى ذلك التحقيق ولكن يجب التنبيه إلى نقطة جوهرية فى هذا المقام قد غفل عنها بعض من تكلم فيه ، وهى أن القضاء من الرسول صلى الله عليه وسلم يشمل ناحيتين ناحية شرعية هو فيها ناطق بالشرع والناحية الثانية تعيين موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التى يبنى عليها الحكم الجزئى ، من حيث معرفة أيهما المعتدى وأيها المعتدى عليه ، وهو فى هذا يفكر ويرى على أنه بشر ، لأن الوحي لا ينزل الا فيما هو عام للناس ولو كان سببه خاصاً ، فلا ينزل لحوادث جزئية لا يترتب عليها أمر عام ؛ ولذلك جاء الأثر مبيناً أن عمل النبى فى القضاء يقبل الخطأ من ناحية تحرى مواقف الخصوم ، وقوة احتجاجهم ، لا من ناحية الأصل الشرعى

(١) راجع حجة الله البالغة ، الجزء الأول ص ١٢٧ .

(٢) وقد يقتدى به المؤمن تيمناً ومحبة وإجلالاً ، وإحياء لآثره عليه السلام ، فيكون ذلك دليلاً على عظيم المحبة .

الذى قام عليه الحكم ، أو دل الحكم عليه ، ولذا يقول عليه السلام : « انكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحق بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أ قضى له قطعة من نار » فقبول الخطأ إنما يرد على ما يتصل بصدق الخصوم أو كذبهم والبرهان عليه من حيث انتاجه . أما ما يدل عليه القضاء من أحكام شرعية فقضاء الرسول فيه حجة لا ريب فيه ^(١) .

٧ — ويجب أن ننبه هنا الى أن بعض الفقهاء يصرح بأن السنة راجعة في معناها الى الكتاب ، وأنها مبنية له ، وحامل مصباح هذا الرأي هو الشاطبي في موافقاته ، فهو يقول : « السنة راجعة في معناها الى الكتاب ؛ فهى تفصيل مجمله ، وبيان مشكله . وبسط مختصره ؛ وذلك لأنها بيان له ، وهو الذى دل عليه قوله تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر ؛ لتبين للناس ما نزل اليهم » فلا تجد في السنة أمراً ، الا القرآن قد دل على معناه دلالة اجمالية أو تفصيلية . وأيضاً فكل ما دل على أن القرآن هو كلية الشريعة ، وينبوع لها فهو دليل على ذلك . ولأن الله قال « وانك لعلى خلق عظيم » وفسرت عائشة ، ذلك بأن خلقه القرآن

(١) وهنا يرد على الخاطر سؤال كيف يجوز أن يخطئ النبي صلى الله عليه وسلم والوحي ينزل عليه . أفأكان الأول أن ينه الى الصواب قبل أن يقع في الخطأ ، بدل أن يقع فيه ثم ينه اليه كما في مسألة أسرى بدر ، قبل الفداء ، ثم نه الى أنه خطأ والصواب القتل مادام لم يشن في الأرض ، ولم تكن الكلمة له في انتهاء الحرب ؟ والجواب عن ذلك ان ذلك ممكن ، ولكن الخيرة فيها كان ؛ وذلك لأن الاجتهاد الذي صلى الله عليه وسلم ووقع خطأ منه في هذا الاجتهاد أحياناً فيه تربية للأمة من ناحيتين : الناحية الأولى اعطاؤهم مثلاً صالحاً للاجتهاد وفي ذلك تعليم ، فما كان من القول أن ينس على أحكام كل ما وقع ، وما سيقع ، فلا بد أن يبرنوا على أن يبرفوا أحكام ما يمرض من شئون ، وذلك بالاجتهاد ، فكان قدوتهم فيه . الناحية الثانية أن يعلم الناس أن الاعتقاد على الفسكرة قد يقع معه الخطأ ، لسبباً يذهب بهم فرط جهم لآرائهم الى الاغترار بها ، ورفض كل شئ غيرها وامتناعه رءوسهم بتقديرها ، فيفرضوها على الناس فرضاً ، فالنهي بخطئه كان مثلاً حياً لهؤلاء دالاً على دخول الخطأ في تفكير الانسان . فهذا كل البصر ، ومن يتكلمه الله يخطئ ان اعتمد على عقله . فأين منه هذا الانسان ؟ ان هذا يمنع الاغترار من قلب المؤمن برأيه مهما يكن عليه .

واقترعت في خلقه على ذلك ، فدل على أن قوله وفعله وإقراره راجع الى القرآن ، لأن الخلق محصور في هذه الأشياء ، ولأن الله جعل القرآن تبياناً لكل شيء ، فيلزم من ذلك أن تكون السنة حاصلة فيه في الجملة ؛ لأن الأمر والهي أول ما في الكتاب . ومثله قوله تعالى : ما فرطنا في الكتاب من شيء ، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم » وهو يريد انزال القرآن . فالسنة اذن في محصول الأمر بيان لما فيه ؛ وذلك معنى كونها راجعة إليه ، وأيضاً فالاستقراء دل على ذلك « وهذا نظر دقيق عميق محكم ، ولكن يجب ألا يفهم منه أنها لا تقبل الا بدع عرضها على الكتاب لمعرفة أصلها ، فذلك فهم قد يجر الى الاثم ؛ إذ قد يؤدي الى هدم شطر الدين ، وان حجيتها وكونها مصدراً للشرع الاسلامي قائماً بذاته ليس موضع ريب أو جدال الا من قوم انقرضوا كما سنبين ذلك ، انما موضع النظر هو اشتغال القرآن في قضاياها الكلية عليها فذلك هو الذي يتكلم فيه الشاطبي ، وله فيه وجهة هو موليا .

٨ - قد بينا أن المسلمين في عصر النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن الفقه والفتيا والقضاء لواحد منهم ، بل كان ذلك كله للرسول تبايعاً لرسالته ، وتنظيماً لجماعته ، ولكن ان ابتعدوا عنه في حرب ، أو أرسلهم معلمين لغيرهم ممن تناءت بهم الديار عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فان الفتيا والقضاء تكون لمن اختاره الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك ممن يعلم فيه قوة الادراك والفقه في الدين ، ويكون لهذا أن يجتهد برأيه فيما لا يعلم فيه كتاباً ولا سنة . يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أرسل معاذ بن جبل الى اليمن قاضياً لها من قبله قال له : بم تحكم ؟ قال بكتاب الله . قال فان لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فان لم تجد ؟ قال أجتهد رأيي . فأقره النبي صلى الله عليه وسلم ، فدل هذا على أنهم كانوا يجتهدون في عصره ، ولكن اذا كان بعيدين عنه ، وليسوا بين ظهرانيه صلى الله عليه وسلم .

الفقه في عصر الصحابة (من ١١ — ٤٠)

١٠ — بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم انساب المسلمون في ملك كسرى وقيصر فاتحين ، لأن الملوك وقفوا مناجزين الاسلام مانعيه من أن ينشر بين رعاياهم ، مغلقين الأبواب دون المسلمين ، مقيمين الحصون المانعة دون وصول دعايتهم الى الرعية ، فكان لا بد لنشر الدعوة الاسلامية ، (وانها لفرض لازم الأداء على الأمة) من أن تهدم الأسوار المانعة ، والأسوار الحاجبة ، فكانت الحرب ، وكان الفتح ومن وراء الفتح الاندماج ، اما بمقد الدمة يعتقدونه بينهم وبين المسلمين على أن يكون لهم ما لهم ، وعليهم ما عليهم ، واما باعتناق الاسلام ان عمرت قلوبهم بالايمن بما اشتمل عليه ، وطابت نفوسهم باعتناقه طائعين لا كارهين ، ومختارين لامضطرين ، فلا اكراه في هذا الدين ؛ لذلك صارت تحت حكم المسلمين أمم كانت ذات حضارات تمتد عرقها الى أعرق العصر ، فكان تحت حكم المسلمين مصر وفارس وسوريا ، ثم شمال أفريقية . وماجت المدن الاسلامية الكبرى بأشباح من الأمم ، و مرج فيها عناصر مختلفة الاقوام والاجناس . فكان لا بد إذن من أن يجد في شئون الاجتماع أحداث لم تكن في عهد الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، ولا بد أن تنشعب مناحي السياسة ، ومختلف ضروبها ويحتاج المسلمون الى نظم وأحكام لم يكن في عهد الرسول ما يفسر اليها ، ويدفعهم الى التفكير فيما يصلح لها ، وكان من الناس من الأفعال ما اقتضى أن يحدث لهم من الأفضية ما يوائم أحوالهم ويقيم العدالة بينهم .

لهذا كان لابد من اجتهد الصحابة اذ لم يكن بينهم من يعينهم عن الاجتهاد ، وهو الرسول عليه السلام . اجتهدوا في تعرف تلك الأمور المعقدة التي تعرض لهم . وحكم الله فيها ، فاجثوا الى كتاب الله يعرضون عليه قضايهم ، فان وجدوا فيه حكما صريحا نطقوا به ، وان لم يجدوا في الكتاب الحكم واضحا بينا اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستشاروا ذاكرات أصحابه ليعملوا حكم النبي صلى الله عليه وسلم في أمثال قضايهم . فان لم يكن من بينهم من يحفظ حديثا

اجتهدوا آراءهم ، وحكموا أفهامهم واتجهوا الى ما يرونه العدل في القضية ، ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد بنصوص قانون ، اذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلا ، وانصافا .

وقد كان الصحابة يتواصون فيما بينهم في الفتيا والقضاء وأحكام المسائل الاجتماعية والسياسية بالرجوع الى كتاب الله تعالى فان لم يجدوا رجعوا الى سنة رسول الله عليه السلام ، فان لم يعثروا على حديث محفوظ أو فعل مأثور أو تقرير لفعل فعله غير النبي فأقره عليه رجعوا الى الرأي . فقد جاء في كتاب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الأشعري في القضاء « الفهم الفهم فيما تلجئ في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ، اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » وقد عرف ابن القيم الرأي على حد ما كان يفهمه الصحابة فقال : « خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات »^(١) .

ولقد يفهم من كتب أصول الفقه أن جمهور الفقهاء فهم من (الرأي) الذي كان يعول عليه الصحابة أنه القياس الاصطلاحي وهو الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلامة جامعة بينهما كانت هي الباعث على الحكم المنصوص عليه كقياس كل مسكر غير الخمر عليها ، لأن علة الحكم وهي الاسكار ثابتة في الخمر وغيرها من المسكرات التي كانت معروفة في القديم ، والتي عرفت في الحديث . ولكن تعريف ابن القيم للرأي الذي كان الصحابة يأخذون به أشمل من هذا القياس الاصطلاحي وللتبعية لأقضيئهم وفتاويهم يرجع لديه كلام ابن القيم .

١١ — ويجب أن نقول أنهم في أخذهم بالرأي لم يكونوا سواء ففهم من تحفظ ، ولم يفت برأيه ؛ لأنه يخشى الكذب على الله ، وأن يجل ويحرم

(١) راجع أعلام للوقعيين الجزء الأول ص ٥٥ . والرأي بهذا المعنى يشمل القياس الفقهي ، ويشمل الاستحسان ويشمل الصالح المرسل ، وبعبارة أعم يشمل كل ما يفتي به الفقيه غير معتمد على كتاب أو سنة أو إجماع متبع .

من غير علم ولا سلطان مبين من الشرع ، و بعضهم أخذ بالرأى تخرجاً من التحديث خشية أن يكون في تحديثه ما لم يقله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد كان كثيرون منهم يمتنعون عن النقل عن رسول الله ؛ لهذا يروى أن عمران ابن حصين كان يقول : « والله إن كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن أبطأني عن ذلك أن رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ويتحدثون أحاديث ، ما هي كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لي كما شبه لهم » . وقال أبو عمرو الشيباني : « كنت أجلس الى ابن مسعود حولاً لا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استقلته رعدة ، وقال هكذا ، أو نحو ذا ، أو قريب من ذا . والحق أن الصحابة كانوا بين حرجين كلاهما فيه ضيق شديد في نظرهم ، لأنهم يخشون التهجم على هذا الدين : الحرج الأول أن يكتروا من التحديث عن رسول الله عليه الصلاة والسلام لكي يعرفوا أحكام أكثر الأحداث ، وفي ذلك خشية الكذب عليه . والثاني أن يفتوا بآرائهم فيما لم يشتهر فيه أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وفي ذلك تهجم على التحليل والتحریم بآرائهم ، فمنهم من اختار التحديث عن الرسول والوقوف عند الأثر ، ومنهم من اختار الرأى فيما لم يشتهر عن الرسول . فاختار هؤلاء أن يفتوا بآرائهم ، وخطوؤها عليهم ومنسوب لهم من أن يتحدثوا عن رسول الله ، وقد يدفعهم التحديث الى أن يشبه عليهم فيقولوا ما لم يقل . ولقد قال عبد الله بن مسعود ، وهو من شيوخ الرأى بعد أن أفتى في مسألة : أقول هذا برأى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه برىء » . وقد أفتى عمر في مسألة فكتب كاتبه عقب الفتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال عمر بثما قلت ، هذا رأى عمر ، فإن يك صواباً فمن الله ، وإن يك خطأ فمن عمر ^(١) .

(١) من هذا السياق يتبين أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم سلكوا مسلكين مسلك الأثر ، ومسلك الرأى . ومنهم من غلب عليه الأول . وكثيرون منهم غلب عليهم الرأى . وما كانوا

وإن دل قول عمر وعبد الله بن مسعود ، وما يشبهه من الأقوال (وإنه لكثير) على شيء ، فهو يدل على أن هؤلاء العلية من الصحابة لا يرون أن تكون آراؤهم سنناً متبعة ، ولا يريدون أن يجعلوها ديناً يعتنق . بل لقد صرح بذلك عمر رضى الله عنه ، وهو من أجرأ الصحابة على الرأي ، فقد قال رضى الله عنه : « يأبى الناس ، أن الرأي كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً ، لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكاف » ويقول رضى الله عنه : « السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة » .

١٢ — من كل ما تقدم يتبين أن المصادر للفقهاء الاسلامى في عهد الصحابة كانت ثلاثة : أولها الكتاب وهو عمدة الاستدلال في هذه الشريعة الغراء . ثانيها السنة ، ولم تكن قد دوت ، بل كان الاعتقاد فيها على ما وعته عقول الرجال ، وحفظته ضدورهم ، وكانوا يتحرون السنة عند نقلها ، فكان أبو بكر وعمر لا يقبلان حديثاً إلا اذا شهد به اثنان ، فلا يكتفى براوييه ، بل لابد من آخر يشهد معه بالسماع . وثالثها الرأي ويدخل فيه القياس الفقهي الذى أشرنا اليه آنفاً .

ثم أن اجتهادهم وفتاؤهم كانت أحياناً آحادية يسأل أحدهم عن حكم حادثة جزئية ، فيفتي صاحبها ، وأحياناً تكون في اجتماع ، وذلك أكثر ما يكون فيما يعرض للخلفاء من شئون . فان الخلفاء الراشدين رضوان الله تعالى عليهم كانوا كلما جد في أمور الدولة أمر ذو بال جمعوا الصحابة واستشاروهم فيه ، فيتبادلون الرأي ..

== كذلك الا لينزهوا أنفسهم عن الكذب على الرسول . ولقد فهم كبار رجال القانون أن الأثرين من الصحابة والتابعين محافظون من أهل التمسك بالتقاليد . وأن أهل الرأي يجدون غير متمسكين بالتقاليد ، وذلك قول بعيد عن التحقيق ، لأن كلا الفريقين متمسك بالدين والتقاليد الاسلامية ، بيد أن قوماً منهم توقفوا عن أن يفتوا بغير ماورد به نص من الشارع تنزيهاً لأنفسهم عن أن ينسبوا الى الشارع ما هو من رأيهم ، وهم أهل الحديث ، وآخرون رأوا أن يجتهدوا آراءهم تنزيهاً لأنفسهم عن أن يحدثوا عن رسول الله بغير ما قال ، كما رأيت من عبد الله ابن مسعود وعمران بن حصين ، فاجتهدوا آراءهم ، وهى ان كانت خطأ منسوبة اليهم ، فأين هذا من التجديد والمحافظة ؟

ثم ينتهون الى أمر تفره جماعتهم ، ولقد كان لعمر نوعان من الشورى ، الشورى الخاصة ، والشورى العامة ، وشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة ، المهاجرين الأولين ، والأنصار السابقين ، وهؤلاء يستشيرهم فى صغرى أمور الدولة وكبراهها . وأما الشورى العامة فتكون لأهل المدينة أجمعين ، وفى الأمر الخطير من أمور الدولة ، يجمعهم فى المسجد ، وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض الأمر الخطير ورأيه فيه ^(١) . ومن ذلك استشارتهم فى أرض سواد العراق ، فقد كان من رأى الغزاة قسمتها بينهم ، ومن رأى عمر عدم قسمتها وأن تترك فى أيدي أهلها لجمع الصحابة ، وتناقشوا فى ذلك ، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة ^(٢) وانتهى الرأى الى موافقة عمر .

والرأى الذى يكون فى اجتماع ويوافق عليه المجتمعون يكون بلا ريب أقوى من الرأى الأحادى ؛ لأن ذلك يكون بعد تمحيص وتحقيق من المجتمعين ، وهذا لا يكون الا بتحقيق صاحبه وحده ، ولذلك كان الرأى الجماعى هو الذى تسير عليه شئون الدولة . ولقد جاء الذين خلفوا الصحابة والتابعين من المجتهدين وسموا ذلك الرأى الجماعى إجماعا ، واعتبروه مصدرا رابعا من مصادر الفقه الاسلامى . لذلك نقول على طريقة هؤلاء الفقهاء أن المصادر الفقهية بعد ذلك كانت أربعة : الكتاب ، والسنة ، والرأى أو القياس ، والاجماع .

١٣ — وإذا كان الصحابة يجتهدون فلا بد أن يختلفوا ، ولكنهم ينتهون الى الإجماع إذا كان اجتهدهم جماعيا ، وقد يستمر الاختلاف ، ويؤثر عنهم إذا كان الاجتهاد آحاديا . وكانت تلك الاختلافات منشؤها واحد مما يأتى :

(١) وكان سكان المدينة فى هذا يشبهون سكان اثينا ، اذ كان كل شخص له رأى فى شئون الدولة ، وان لما فعله عمر أصلا عظيما فى الاسلام فقد أمر القرآن بالشورى . وجاء فى حديث على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « قلت يا رسول الله ، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمنح فيه منك سنة . قال اجعوا العالمين أو قال العابدين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تفضوا فيه برأى واحد » .

(٢) راجع كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٣١ و ٣٢ .

١ — اختلافهم في فهم القرآن الكريم (١) اما لاجتال اللفظ أكثر من معنيين ، كاختلافهم في المراد من القرء في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فقد فهم ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما أن القرء الحيضة ، وفهم زيد ابن ثابت أنه الطهر (ب) وأما لتعارض ظواهر النصوص ، كاختلافهم في عدة الوفاة للحامل ، فقد قال علي رضي الله عنه تمتد بأبعد الأجلين عملا بآية البقرة : « والذين يتوفون ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » . وآية الطلاق : « وأولات الأحمال أجعلن أن يضمن حملهن » . وقال عمر وابن مسعود تمتد بوضع الحمل عملا بآية الطلاق ، لأنها متأخرة في النزول عن آية البقرة .

٢ — اختلافهم بسبب رواية بعضهم لحديث لم يعرفه الآخرون ، وإن ذلك له من الشواهد الشيء الكثير .

٣ — اختلافهم بسبب الرأى ، فانه باب واسع ، ولكل انسان نظره ، واتجاه فكره ، وقد يرى ما لا يرى الآخر ، ويظهر أن كثرة الخلاف كان ذلك منشأها . وقد رويت مسائل كثيرة كانت تختلف فيها أنظارهم ، ومن ذلك اختلافهم في توزيع التركة عند اجتماع الجد مع الأخوة ، فقد كان رأى أبى بكر أن الجد أولى بالتعصيب من الأخ . وأما عمر ، فقد توقف حتى سأل الصحابة . فأفنى زيد بن ثابت بأن يعطى نصيب أخ ، حتى يصير ثالث ثلاثة ، أى أنه أعطاه نصيب أخ بحيث لا يقل عن الثلث مما يخص العصة . وأعطاه على نصيب أخ بحيث لا يقل عن السدس (١) .

ولقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائده الاخلاص ، ولذا لم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أية ناحية أخذ ، ومن أية جهة استبان . وإن ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان ، واستخراج للأحكام من القرآن ، واستنباط قانون شرعى عام ، وإن لم يكن

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٨٤ وكتاب تاريخ الجدل للمؤلف ص ١١٣ .

مسطورا . ويرى الشاطي في كتاب الاعتصام أن ذلك النوع من الاختلاف رحمة قد جاء فيه : « روى عن القاسم بن محمد أنه قال : لقد نفع الله باختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في العمل ، لا يعمل العامل بعلم رجل منهم إلا لأنه رأى أنه في سعة . وعن ضمرة بن رجاء ، قال اجتمع عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ابن محمد ، فجعلا يتذاكران الحديث فجعل عمر يجيء بالشئ يخالف فيه القاسم والقاسم يشق عليه ذلك حتى تبين فيه ، فقال عمر لا تفعل ، فما يسرفي باختلافهم حمز النعم . » وروى ابن وهب عن القاسم أيضا قال « لقد أعجبني قول عمر بن عبد العزيز : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ؛ لأنه لو كان قول واحد لكان الناس في ضيق ، وإنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة . ومعنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد ، وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق . . . فوسع الله على الأمة بوجود الخلاف القروعي فهم فكان فتح باب للأمة للدخول في هذه الرحة » (١).

ونحن لانرى الخلاف في الفروع الاثرات ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم ، وتدبير شئونهم بالشورى ومبادلة الرأي مستضيئين بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ومستظلين بأحكام القرآن لا يعدونها ، ولا يتجاوزون هدايتها .

الفقه في عصر التابعين

(من أول عصر الدولة الأموية الى قرب آخرها)

١٤ — لم تخرج المصادر الفقهية في عهد تلاميذ الصحابة ، وهم التابعون عن مصادرها في عهد الصحابة ، ولكن جدت أحداث أثرت في الاستنباط من حيث كثرة التفريع ، وكثرة الخلاف ، وشككه وقوته ، وصحة الاستنباط ، وإن لم

(١) راجع الاعتصام للشاطي الجزء الرابع من ١١ وتاريخ الجدل ص ١١٤ .

تنقص المصادر أو تزدها .

فقد انقسم المسلمون فيما بينهم في آخر عهد الصحابة وكل عصر التابعين ، انقسموا الى أحزاب وشيع ، كل حزب بما لديهم فرحون ، وكانت ريحهم بينهم شديدة ، وبأسهم بينهم عنيفا ، وسهل عليهم أن يتراموا بألفاظ الكفر والفسوق والعصيان ، وأن يتراشقوا بنبال الموت ، وأن تشجر السيوف ، وأن تطيح في هذه الفتن رؤوس طائفة كبيرة من المسلمين . لقد انقسمت الأمة الى خوارج وشيعة ، وخالفهما جاهير من المسلمين ، وكل لا يثق بما عند الآخر ، ويكفره أو يفسقه . وكل يريد أن يحتج لنحلته ، وينسبها للدين ، وان جافته وناقته . وفي كل نحلة فريق دخيل في الاسلام أو لم يتغلغل نوره في قلبه ، لا يهيمه أن يقوم عمود الدين بمقدار ما يهيمه أن تنتصر ملته القديمة ، أو يعيش المسلمون في ظلام هذه الفتن الطخياء ، ليطفئوا نور الله .

ولقد صاحب هذا أن قلت الحريجة الدينية ، فكثير التحديث عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه ، وقل التحري ، ولم يكن ثمة رقيب من حاكم قاهر ، أو ضمير زاجر ، الا من عصم الله ، فكثير الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلط الصادق بالمكذوب ، حتى تعمس التمييز . ولقد ذكر النووي بعض أسباب الكذب فقال رحمه الله ناقلًا عن القاضي عياض في الكاذبين على الرسول : « هم أنواع منهم من يضع ما لم يقله أصلا اما استخفافا ، كالزنادقة وأشباههم ممن لم يرج للدين وقارا ، واما حسبة بزعمهم وتديننا كجبهة المتعبدین الذين وضعوا الأحاديث في الفضائل والرغائب ، واما اغرابا وسمعة كفسفة المحدثين ، واما تعصبا واحتجاجا كعدادة المبتدعة ، ومتعصبى المذاهب ، واما اتباعا لهوى أهل الدنيا فيما أرادوه ، وطلب المذر لهم فيما أتوه » . ولعل هذه الأسباب جميعها كانت متوافرة في هذا العصر . فقد كثر الدخيل في الدين كثرة اختلط معها الحابل بالنابل ، والبر بالقاجر ، والأتقياء بالأشقياء ، وكانت بدع النحل المختلفة التي تحتج لمذاهبها ، ولا تجد حرجا يمنعها من أن تسند الى الرسول ما لم يقله ، لتصيب

القلج في استدلالها أمام الناس . ومنهم من أكثروا من القصص الكاذب وأسندوه الى الرسول ترغيبا وترهيبا ، وان ذلك كان كثيرا . ثم الحكم كان استبداديا عضوا ، فلا بد أن يكون ممن يدعى العلم من تلقا الحكم غير مراع قتها ولا دينها . ولقد قارن هذا أن دخلت طوائف كثيرة في الاسلام من الأمم التي استولى عليها المسلمون ، وسموا موالي . وكان من هؤلاء قوم أخلصوا في دينهم ، وأسلموا وجوههم لله سبحانه وتعالى ، بل كان منهم من تاملوا للصحابة ، وخالطوهم وتلقوا عنهم علومهم ودينهم ، بل يقول بعض المؤرخين ان أكثر فقهاء التابعين كانوا منهم . جاء في معجم ياقوت « قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم : لما مات العبادلة عبد الله بن عباس . وعبد الله بن عمر . وعبد الله بن عمرو بن العاص صار الفقه في جميع البلدان الى الموالي ، فصار فقيه أهل مكة عطاء بن أبي رباح ، وفقه أهل اليمن طاووس ، وفقه أهل اليمامة يحيى بن كثير ، وفقه أهل البصرة الحسن البصري ، وفقه أهل الكوفة النخعي ، وفقه أهل الشام مكحول ، وفقه أهل خراسان عطاء الخراساني الا المدينة ، فان الله خصها بقرشي ، فكان فقيه أهل المدينة غير مدافع سعيد بن المسيب »^(١) . ولقد كان تلقى هؤلاء للفقه ، وتاملهم للصحابة ،

(١) راجع غير الاسلام للاستاذ أحمد أمين . ولقد جاء في العقد الفريد مايقارب هذا فقد جاء فيه : « قال ابن أبي ليلى قال لي عيسى بن موسى ، وكان ديانا شديد العصية : من كان فقيه العراق ؟ قلت الحسن بن أبي الحسن . قال ثم من ؟ قلت محمد بن سيرين . قال فما حيا ؟ قلت مولىان . قال فمن كان فقيه مكة ؟ قلت عطاء بن أبي رباح ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وسليمان بن يسار قال فما هؤلاء ؟ قلت موالي . قال فمن فقهاء المدينة ؟ قلت زيد بن أسلم ، ومحمد بن النسكر ، ونافع بن أبي نجيح . قال فما هؤلاء ؟ قلت موالي . فتغير لونه ، ثم قال فمن أفقه أهل قباء ؟ قلت ربيعة الرأي ، وابن أبي الزناد . قال فما كانا ؟ قلت من الموالي ، فأرب وجهه . ثم قال فمن فقيه اليمن ؟ قلت طاووس وابنه ، وابن منبه . قال فما هؤلاء ؟ قلت من الموالي . فانتفخت أوداجه ، وانتصب فاعدا قال فمن كان فقيه خراسان ؟ قلت عطاء ابن عبادلة الخراساني . قال فما كان عطاء ههنا ؟ قلت مولى . فأزداد وجهه تربدا . واسود اسودادا ، حتى خفنه ثم قال فمن كان فقيه الشام ؟ قلت مكحول . قال فما كان مكحول ههنا ؟ قلت مولى ، فتنفس الصعداء . ثم قال فمن كان فقيه الكوفة ؟ فوائه لولا خوفه فقلت الحكم ابن عتبة وعمار بن أبي سليمان ، ولكن رأيت فيه الشر ؟ فقلت ابراهيم النخعي والشعي . قال فما كانا ؟ قلت عريان ، فقال الله اكبر وسكن جأشه » راجع تاريخ الجدل ص ٣٥٦ .

وجلهم ينتمون الى أمم ذات حضارات ، ولا بد أن يكون في رؤوسهم صورها وعلم بتاريخها وأنظمتها — سببا في أن تشعب الاستنباط في الفقه ، وكثر التفرع فيه . على ما سنشير اليه في موضعه .

ولقد أضيف الى العوامل السابقة أن الفقهاء لم يكونوا في بقعة واحدة كما كانوا في عصر الصحابة ، فقد كانت المدينة عس الصحابة من أهل الفقه في الدين ، وأهل المعرفة واليقين ؛ لأن سنة عمر كانت تقضى باحتجازهم داخل ربوع الحجاز لا يعدوه كبراًؤهم ، ولا يتجاوز الحرتين عطاء المهاجرين والأنصار ، أما في عصر التابعين فقد كان لكل مصر فقهاؤه على نحو ما علمت مما نقلناه لك . وإن تفرق الفقهاء في الأمصار مدعاة لاختلافهم وتشعب أنظارهم ؛ إذ كل يفتي بما يرى من غير أن يلاحظ أخاه ، ويناقشه الرأي ، ويساجله الفكر . وكل مأخوذ بعرف اقليته ، والمسائل التي ابتلى بها أهل ذلك الاقليم . لذلك كان ثمة ألوان مختلفة من الفكر الفقهي ، وكل يتحرى فيها يفتي به الالتئاس من الدين والقرب منه ، وصلاح الناس ، وما هو أشد موامة لحالهم ، واتقافا مع بيئاتهم .

١٥ — ولقد نجم عن الجراءة على التحديث وكثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن فكر عمر بن عبد العزيز في تدوين السنة ، وأشار بتدوينها ، ودراستها وتحري الصادق من المكذوب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما نجم عن كثرة الكذب هذه الكثرة أن اشتد كثيرون من الفقهاء في الأخذ بالرأى ، وساعد على ذلك أن كثر الفقهاء من الموالى ، كما كثرت المنازاع العقلية ، وابتدأت الفرق تفكر في العقائد تفكيراً فلسفياً ، ثم صارت مواطن الاجتهاد هي الأماكن التي كانت مهدا لحضارات ومدنيات وعلوم ، وفيها اثارها والاجتهاد بالرأى والقياس هو الذي يتفق مع هذه النظريات العلمية .

وكما كان فقهاء يكثر من الاجتهاد بأرائهم الى درجة الافراط ، وجد فقهاء يتعصبون للسنة ويشدون في اتهام القياسيين أو الرأيين بالتحليل والتحريم من غير هدى ولا سلطان مبين ، وكان الخلاف بين أهل الحديث وأهل الرأى لا يدور على الاستدلال بالسنة في ذاتها ، ولكن على الاعتقاد على الرأى عند ما لا

تصح السنة في نظر المجتهد ؛ فأهل الحديث يتوقفون ، ولا يفتنون آخذين بظاهر قوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ، وأهل الرأي يجتهدون لأن الصحابة سلكوا هذا المسلك ، وأقر النبي صلى الله عليه وسلم معاذا عليه ، ولأن الشريعة معقولة المعنى ومبنية على أصول محكمة فهمت من الكتاب أو السنة . وهم لا يكتفون بالاجتهاد بآرائهم فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة ، بل قد يحكمون بضعف بعض ما ينسب الى النبي صلى الله عليه وسلم بضعف في سنده ، أو شذوذ في متنه ، فيظن خصوصهم أنهم يرفضون الحديث مع صحته . والحق أنه لم يصح عندهم ، وكان أكثر أهل الحديث يقيمون بالحجاز ، وأكثر أهل الرأي بالعراق . وإنما كان أكثر العراقيين أهل رأي ؛ لأن عبد الله بن مسعود كان شيخهم ويقيم به ، وهو ممن يتخرجون في التحديث عن الرسول ، ولا يتخرج في الاجتهاد برأيه ، وهو منسوب اليه ان كان خطأ ، ويتوفيق الله ان كان صوابا ، ولأن أكثر رواة الحديث كانوا بالحجاز . ولأن بالعراق فلسفة وعلماء ، وكانت به مدارس قديمة لليونانية والعلوم الفارسية وان من يتأثرون بهذه التعاليم يلائمهم الاجتهاد بالرأي ويفشو فيهم .

وقد امتاز المحدثون بأنهم لا يفتنون الا فيما يقع من الأمور ، وفيما فيه نص . أما أهل الرأي فلا يفتنون في استنباط أحكام لما يقع ، بل يضعون ضوابط كلية ، ويفرعون عليها فروعا جزئية فما يقع منها يعطونه حكمه ، وما لا يقع يرفضونه ويعطونه من الأحكام ما يتفق مع ضوابطهم وقواعدهم ، وقد شاع فيهم عند مناقشتهم أن يقولوا في فروضهم رأيت لو كان كذا . حتى سماهم خصوصهم الأرايين . ولقد قال الشعبي ، وهو من أهل الحديث ينصح متفتحا : « احفظ عني ثلاثا : اذا سألت عن مسألة ، فأجبت فيها ، فلا تتبع مسألتك (أرأيت) فان الله قال في كتابه : « أرأيت من اتخذ إلهه هواه » والثانية اذا سئلت عن مسألة فلا تقس شيئا بشيء ، فربما حرمت حلالا ، أو حلت حراما . والثالثة إذا سئلت عما لا تعلم ، قتل لأعلم ^(١) » ولقد قال الشعبي أيضا : « والله لقد بغض هؤلاء

القوم إلى المسجد ، فهو أبغض إلى من كناسة دارى ، قيل ومن هم يا أبا عامر قال الأريائيتون .

هذا ويلاحظ أن الفقه لم يدون لا فى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين ، بل ان السنة لم يبتدىء تدوينها إلا فى آخر عصر التابعين .

الفقه فى عصر الأئمة

(من أول القرن الثانى الهجرى الى منتصف القرن الرابع)

١٦ — امتازت تلك الحقبة من الزمان (١) بقيام الحضارة الاسلامية ، واستغلاظ سوقها ونموها واتساع نطاقها ، وسعة عمرانها (٢) كما امتازت بكثرة العلوم العقلية والنقلية ، وتدوين العلوم العربية الخالصة ووضع ضوابط لها ، فالنحو قد دون ، وعلم الكلام قد اتسع أفقه ، وترجمت كتب اليونان ودرست فلسفتهم ، واستبحر المسلمون فى الدراسات الفلسفية عامة (٣) ولقد كان بجوار ذلك أن تتم تدوين السنة واتسعت دراستها ، وتجرى صادق اسنادها من مردوده ، والعناية بمعرفة صحيحها من ضعيف النسبة اليه عليه السلام . ولقد وضعت قوانين وأسس لروايتها ، حتى يتهيز للقبول من المكذوب .

ولقد اتسع بسبب كل هذا الأفق الفقهى من ناحيتين : أولاها أن الاستنباط لم يكن مقصورا على تعرف أحكام الجزئيات ، بل كان فيها وفى الضوابط التى يدخل فى عمومها جزئيات الأحكام الشرعية ، وكانت المناقشات بين الفقهاء تقوم على تلك الأسس ، كما تقوم فى الفروع . وثانيها أنهم أخذوا يضعون أصولا لصناعة الاستنباط ، وكيف تفهم الأحكام من كتاب الله ، والسنة ، فوضعوا قوانين للألفاظ ودلالاتها وغير ذلك . ولقد توج هذا العصر بوجود رجال امتازوا باجتهاد فى كل أبواب الفقه واستنبطوا أحكاما لكل باب من أبوابه ، وتدارسوا ذلك مع تلاميذهم ، فتكونت بذلك مذاهب لهم ، كان لها ذلك المدى البعيد فى أفق الحضارة الانسانية الى يومنا هذا .

١٧ — والآن نشير الى أكبر المسائل التى أخذت عنايتهم ، وكان مجال

نظرهم ، ولا نحاول أن نحصى كل عناصر استنباطهم ، وبحيثهم وخلافهم ؛ لأن ذلك لا تتسع له الأسفار الضخام ، ولا نستطيع أن نشير الى جزئيات . ولكننا ننظر الى ما جد من بحث حول المصادر الأربعة التي نوهنا عنها فيما مضى ، وهى الكتاب والسنة ، والرأى والقياس ، والاجماع . فننظر فيما جد من خلاف حولها . وما مدى قوة الاحتجاج بها .

(١) أما الكتاب فلم يختلف أحد فى حجتيه وكونه المصدر الأول للشريعة ، لأن من ناقش فى ذلك وأنكره فقد خرج عن نطاق الاسلام . ولكن كان الجدل حول دلالات الألفاظ ، وبعض مسائل أصولية كوقوع النسخ فيه وعدم وقوعه ، وكنهه عمومه . وكالحكم والمثابه فيه ، وغير ذلك من المسائل التي لا تمس أصل الاحتجاج به والاستنباط منه ، ولكن تتصل بطريق الاستنباط ومداه وعلاقته بالسنة .

(ب) أما السنة فقد كانت كثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصر السابق مع طول العهد سببا فى صعوبة معرفة الصادق من غير الصادق منها ، فوضعت أصول وقواعد لذلك ، ودونت السنة وظهرت المسندات وصحاح السنة ، وما قام به الأعلام الذين جمعوا بين الفقه والحديث من جهود مأثورة ومشكورة . ولكن مع ذلك ثبتت فى هذا العصر فكرة رفض الاحتجاج بالسنة عند بعض الناس ما لم تكن بيانا لقرآن . ويظهر أن هذا الفريق من شذاذ التفكير طوته لجة التاريخ واندر لمدم استحقاقه للبقاء ، ولولا أن الشافعى ذكره فى الأم فى مناظرات قامت بينه وبينهم ما علم بهم أحد . ولعل هؤلاء كانوا من المعتزلة . فقد رأينا فى كتاب تأويل مختلف الحديث انهم كانوا يجتهدون فى الفقه ، ورأينا أن الأم يذكر أن بعض أهل البصرة هم رافضو الاحتجاج بالسنة . والبصرة عش الاعتزال (١) .

والعلماء قد اتفقوا على أن السنة هى الأصل الثانى لمعرفة أحكام هذا

(١) راجع تاريخ التفسير الاسلامى للاستاذ المرحوم الحضرى بك . وتاريخ الجدل للؤلف رقم ٣١١ .

الدين ، ولكنهم اختلفوا في ذلك العصر في أوصاف الأحاديث التي تصالح حجة في الاستنباط ، وكان ذلك مثار خلاف متسع ، وتقاش كبير دون أكثره في أصول الفقه ، فليرجع اليه .

(ج) أما الرأي والقياس^(١) ، فقد اشتد النقاش حولها أولا ، وقام كل فريق يدلي بحجته ، واستمر العراق موطن الرأي كما كان الحجاز موطن الحديث . وقد قال الأستاذ الحضري بك رحمه الله : « ان مبدأ اتخاذ القياس أصلا في التشريع قد انتصر في هذا الدور انتصارا عظيما ، وإن لم يكن الفقهاء على درجة واحدة في استعماله في الاستنباط ، فأبعدهم أثرا وأرسلهم قدما فيه الحنفية ، وأقلهم نفوذا فيه الجنبالة والمالكية ، والشافعية بين الفريقين ، وابتمد عنه بعض أهل الحديث والشيعة ، وغلا الظاهرية في رفضه » .

ولكن الفارق لم يستمر طويلا بين أهل الرأي وأهل الحديث . فان الطبقة التي جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلفت أساتذتهم ، فالامام محمد من أصحاب أبي حنيفة يرحل الى الحجاز ويدرس موطأ مالك ، والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأي . وأبو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأي بالأحاديث ، ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث معا مما يدل على تلاقيهما وان اختلاف الفقهاء كثرة وقلة في الأخذ بأحدهما دون الآخر .

(د) أما الاجماع فقد رأى قوم من الفقهاء أن اجماع العلماء على أمر من الأمور في عصر من العصور يوجب اتباع الأعقاب له ، لأن من لم يتبعهم يسير في غير سبيل المؤمنين ، ورأى آخرون أن الاجماع ليس بحجة ، بل لم يتمسكوا بوجوده ، وكان الشافعي يقول : ان الاجماع حجة ، ولكنه اذا ناظر واحتج عليه

(١) القياس الحاق أمر غير منصوس على حكمه بآخر منصوس على حكمه لاشتراكهما في علته الحكم . والرأي يشمل هذا القياس ، ويشمل الاستحسان ، وهو مخالفة القواعد الفقهية لسبب آخر أوجبت المخالفة . ولذا يسمى القياس الحنفى ، ويشمل المصالح المرسل ، وهي الافتاء بما فيه مصلحة غير منهى عنها في حال عدم وجود نص .

به في مسألة أنكر وجوده فيها ، ولم يعرف أنه اعترف بوجوده في مسألة مما نوقش فيه . وقال الامام احمد من ادعى الاجماع فهو كاذب .

١٧ — في كل ما سبق وفي غيره كان يجري البحث والاجتهاد والاستنباط . ثم الاختلاف العلمي الحر ، وقد كانت التركة الفقهية المثرية الخصبة النضرة الباقية على طول الحقب وامتداد العصر ثمرة لذلك كله . هذا ويلاحظ في هذا العصر عدة ملاحظات نجمل بعضها فيما يلي :

الملاحظة الاولى : ان الآراء الفقهية دونت ، فلم يكن الفقه آراء تلقى ، وينتفع بها فقط من أقيت اليه ثم من استحفظها من يهيمه استحفاظها ، بل في هذا العصر . كان التدوين بكل معناه ، فقد دونوا آراءهم بل دونوا آراء من سبقوهم ، وجعوهها « فالعراقيون جمعوا فتاوى ابن مسعود ، وقضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة . وجمع قهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس »^(١) .

وللذاهب جمعت ودون بعض المجتهدين آراءه باملائه كالشافعي في الأم . وبعضهم رواها تلاميذه كما فعل الامام محمد في روايته آراء ابي حنيفة وأصحابه في كتب ظاهر الرواية ، وهكذا أصبح الفقه مسطورا في بطون الكتب . يجيء الخلف فيرى عمل السلف مدونا منشورا بين الناس ، فيبنى عليه من غير عناء في البحث عن الحفاظ والرواة ، وإن وجد لا يأمن التزيد وأن يشبه على الراوى في روايته .

الملاحظة الثانية : ان المذاهب تميزت ، وآراء المجتهدين قد تكونت موحدة مجمعة ، فصار لكل امام مذهب وطريقة ووحدة تجمعه ، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته ، ويقتبسون من تفكيره ويسلكون مسلكه ، ولهم الحرية التامة في اعتناق ما يرون من آرائه أو رفضها ، فهم يتبعونه في الطريقة ويجمعهم معه المنحى في الاستنباط ، واسكن قد يرون مالا يرى ، ويصلون في اجتهادهم الى غير

(١) ضحى الاسلام الجزء الثاني ص ١٧١ .

ما وصل كحال تلاميذ أبي حنيفة معه ، تجمعهم وحدة الأصول ، وتفرقهم أحيانا كثرة الآراء في الفروع . فهما يكن من أمر الاختلاف بين أصحاب المذهب الواحد ، فقد كان كل مذهب له أصول عامة يسير عليه صاحبه وتلاميذه .

الملاحظة الثالثة : أن الدولة لم تجعل لها في ذلك العصر قانونا مسطورا مدونا ، بل لم تختار مذهبا من المذاهب تعمل به ، وتسير على منهاجه ، وتأخذ الرعية بما فيه من أحكام ، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده ، فلم يكن لهم من قانون مقيد ملزم إلا الكتاب والسنة ، وفيما وراء ذلك فللقاضى رأيه واجتهاده ، وطريقة استنباطه ، ولقد أشار عبد الله بن المقفع على أبى جعفر المنصور أن يوحّد ما يقضى به بين الناس فى قانون يدونه ، ويختاره من أقوال المجتهدين فى هذا العصر بعد تمحيص ، فقد جاء فى رسالة الصحابة ما نصه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسنن المختلفة ، فترفع اليه فى كتاب ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه الذى يراه الله ، ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزمنا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربه لاجتماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه » (١) .

ولقد هم بالفعل أبو جعفر أن يختار آراء مالك قانونا لدولته ، ولكن مالكا رضى الله عنه نهاه عن ذلك قائلا : « يا أمير المؤمنين لا تفعل ، قد سبقت اليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق اليهم فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم » ، ولقد جاء الرشيد من بعد المنصور ، فحاول أن يحمل الناس على ما جاء فى موطأ مالك ، وشاوره فى أن يعلقه فى الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، فاعترض مالك أيضا ، وقال : « لا تفعل فان

(١) رسالة الصحابة فى ضمن رسائل البلغاء التى جمعها الاستاذ كرد على . وجمهرة رسائل العرب الجزء الثالث للاستاذ صفوت .

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا فى الفروع ، وتفرقوا فى البلدان ، وكل معيب . » عندئذ ماتت الفكرة أو خدحت ولم يذكر التاريخ أنها قامت فى مدى هذا الدور من أدوار الاجتهاد .

الملاحظة الرابعة : كان الاجتهاد فى هذا الدور حرا طليقا ، لم تغلق أبوابه ولم يكن ثمة تقليد الامن العامة يقلدون من يستفتونه . أما الفقهاء فكانوا فى حرية يظلمها القرآن الكريم ، وتنيرها السنة النبوية ، ويهديها للأئمة عن الصحابة والتابعين الى عجة الصواب .

بيد أنه فى آخر ذلك العصر قد ابتدأت ريج التقليد ، ولكن لم تعم ، ولذلك يحق للباحث أن يقول ان العصر كله كان عصر اجتهاد طليق فى ظل الكتاب والسنة .

والآن نقول كلمة موجزة أشد الايجاز فى كل امام من الأئمة الاربعة .

١ — أبو حنيفة (٨٠ — ١٥٠)

اسمه النعمان وكنيته أبو حنيفة وأبوه ثابت ، فارسى . وقيل ان ثابتهذا قد استرق لبنى يثم ؛ ولذا قيل ابو حنيفة اليتيم ؛ لأن أباه من مواليم ، ويستبعد المتعصبون له أن يكون قد جرى الرق على أبى حنيفة أو أبيه ، ويحكمون بأنه حر من أبناء الأحرار فى فارس لم يجرى فى نسبه قط . وإن صح الرق على أبيه أو عليه فليس ذلك بضائه لأنه ما علا بنسب أو حسب ، ولكن بعلم وفضل وتقى ، وانه لجليل خالد الذكر بعيد الأثر ، مهما يكن أبوه . ولقد ثبت عند أكثر المؤرخين أنه ولد فى العام المتمم للثمانين بعد الهجرة فى عهد عبدالملك بن مروان وعاش الجزء الأكبر من حياته فى عصر الأمويين ، فأدرك تلك الدولة فى عزها وغنوانها وطمانيان بعض ولائها ، وقسوتها وشدتها على آل البيت وكان فيه كأبناء قبيله تشيع لهم ؛ ثم أدرك اضطراب الأمور عليها ، وقص الأرض من أطرافها ، واستيلاء بنى العباس ، فصهرت تلك الاحداث نفسه

وأنضجتها تلك التجارب ، وانه لمرهف الحس قوى الادراك ، سريع اللحظ .
 لقد ولد ونشأ بالكوفة ، وفي العراق علم وفلسفة وحكمة ، واتجه في أولى حياته
 الى علم الكلام يجتاز سهوله وأحزانه ، ثم تحول الى علم الفقه ؛ بعد أن شدا
 ونما فيه ، وقيل أن له مؤلفا فيه سماه الفقه الأكبر . ولقد روى عنه تلميذه زفر
 ابن الهذيل أنه قال : « كنت أنظر في الكلام ، حتى بلغت فيه مبلغا يشار
 الى فيه بالأصابع » ويروى عنه أنه قال : « كنت قد نازعت طبقات الخوارج
 من الاباضية والصفرية وغيرهم .. وكنت أعد الكلام أفضل العلوم ، ثم علمت
 أنه لو كان فيه خير لتعاطاه الساف الصالح فبحرته » هجره الى الفقه ، فأخصب
 فيه ، وقد تلقى الفقه على حماد بن أبي سليمان الأشعري فقيه الكوفة ، ولازمه
 وحماد هذا كان شيخ مدرسة الرأي ، ومن انتهى إليه علمها ، فتخرج عليه
 أبو حنيفة ووجد الرأي يواهم ما عنده من نزعة منطقية فكرية ، فسار فيه حتى
 صار شيخ هذه المدرسة ، ومن انتهت اليه علومها في الفقه ، ولقد تلقى أبو حنيفة
 مع تلميذه عن شيخه حماد عن كثيرين سواه ، جلهم من أهل الرأي والقياس .
 ومع اتجاه أبي حنيفة للفقه ، ونباهة أمره فيه وعلو شأنه كان يأكل من
 تجارة الخبز ، وقد أفاد من ذلك علما كثيرا بالصفق في الاسواق ، وعرف التجار
 في عصره ، وكان ذا ثروة عظيمة ، وعاش فكها في حياته الى أن مات في حبس
 المنصور سنة ١٥٠ .

لقد عرض على أبي حنيفة القضاء مرتين فامتنع وعذب فيها . وانتهى
 عذابه في الثانية بالموت في محبسه . عرض عليه أول مرة في عهد بني أمية فرفض
 فعذب لهذا الرفض ولتشيع لآل البيت عرف به . وعرضه عليه المنصور فرفضه
 وكرر الرفض بعد تهديده قائلا : « لو هددتني أن تعرفني في القرات أو أن الى
 الحكم لاخترت أن أغرق . فلك حاشية يحتاجون الى من يكرمهم لك ، فلا
 أصالح لذلك » غير أنه يظهر أنه اتخذ الرفض دليلا على تشيعه ، فقد اشتهر عنه
 التشيع لآل علي . يروى أنه كان يذكر ذلك في دروسه . ويحجر به حتى قال له
 تلميذه زفر بن الهذيل « والله ما أنت بمنته حتى توضع الحبال في أعناقنا » .

وطريقة أبي حنيفة في الاجتهاد تتلخص في جمل رويت عنه ، فقد قال عن نفسه « انى أخذ بكتاب الله اذا وجدته ، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصالح عنه التى فشت فى أيدي الثقات ، فاذا لم أجد فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم ، والشعبي ، والحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب . . . فلى أن أجتهد كما اجتهدوا » .

ولقد مات ابو حنيفة بعد أن ترك آراءه فى صدور تلاميذه فقاموا عليها خير قيام ، ورعوها حق رعايتها ثم ورثوها من بعدهم ودونوها فى الكتب .

١٨ — وتلاميذه كثيرون نذكر منهم ثلاثة لأن كتب الفقه الحنفى تذكرهم دائماً . وهم ابو يوسف ، ومحمد وزفر^(١) .

أما ابو يوسف (١١٣ — ١٨٣) : وهو يعقوب بن ابراهيم وجده الأكبر من الانصار ، فهو عربى وقد نشأ فقيراً ، فكان أبو حنيفة يمهده بالمال ، وقد لازمه وأخذ عنه ، وكان أحب تلاميذه اليه . ولقد ولى القضاء المهدى وللهادى وللرشيد ، وكان ذا حظوة عند الرشيد ، وقد كان أول من رحل الى أهل الحديث من أصحاب أبي حنيفة . وقد أفاد منه المذهب فوائد كثيرة ، فقد ابتدأ بتدوينه ، ودون كثيراً منه ، وأيده بالسنة بعد أن اتصل بالمحدثين ونشر المذهب بما له من جاه القضاء ، وصقل المذهب صفلاً قضائياً . ولم يتفق مع أبى حنيفة فى كثير من المسائل ، ورأيه أنضج الآراء فيما يتعلق بالأقضية .

ومحمد : هو ابن الحسن الشيبانى ، وهو من الموالى ، ونسبته الى بنى شيبان بالولاء ولد سنة ١٣٣ وتوفى سنة ١٨٩ ، تتلمذ لأبى حنيفة فى آخر حياته ، ولم

(١) اذا ذكرت كتب الفقه كلمة الشيخين فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ، واذا ذكرت كلمة الصاحبين فالمراد ابو يوسف ومحمد ، واذا ذكرت كلمة الطرفين فالمراد ابو حنيفة ومحمد ، واذا ذكرت كلمة أئمتنا الثلاثة فالمراد ابو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، وزفر يذكر باسمه دائماً .

يلزمه طويلا ؛ لأن أبا حنيفة مات وهو في الثامنة عشرة من عمره . وقد أخذ فقه العراقيين ، وتلاقى بالحدثين ، وكان فيه ذكاء وفطنة . وله أثر في فقه أبي حنيفة لأنه هو الذى دونه في كتبه . ومن أشهرها كتبه الستة وهى المبسوط ، والزيادات ، والجامع الصغير ، والسير الصغير ، والجامع الكبير ، والسير الكبير ، وفيها رويت آراء أبي حنيفة ودون مذهبه ، وتسمى هذه الكتب ظاهر الرواية .

وزفر : هو زفر بن الهذيل (١١٠ — ١٥٨) ، وكان أمير أصحاب أبي حنيفة في القياس ، وأشدهم أخذًا بطريقته ، ولم يتلق عن أهل الحديث كالصاحبين . ويروى عن المزني وهو من أصحاب الشافعي أنه جاءه رجل فسأله عن فقهاء العراق قال : ما تقول في أبي حنيفة ؟ قال : سيدهم ، قال فأبو يوسف ؟ قال أتبعهم للحديث . قال فحمد ؟ قال أكثرهم تقرعا . قال فزفر ؟ قال أحدهم قياسا .

٢ — مالك (٩٣ — ١٧٩)

١٩ — هذا هو امام دار الهجرة مالك بن أنس عربي ، ينتهى الى قبيلة يمنية ، ولد بالمدينة ، وعاش بها ولم يرحل عنها الى غيرها من البلدان . تلقى الفقه على كبار التابعين وتابعيهم بالمدينة ، فأخذ عن نافع مولى عبد الله بن عمر ، وعن ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريبعة الرأي وغيرها . وقد أخذ أكثر دروسه عن أهل الحديث ، وتلقى على أهل الرأي ، فأخذ عن ربيعة الرأي كما ترى . ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس لرواية الحديث والافتاء . فكان من جهة راوية للحديث وحافظا متصدرا فيه ، وكان من جهة أخرى فقيها مستنبطا ، ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء . منهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة ، ومحمد بن ادريس الشافعي ، وتخرج عليه في الفتيا والاستنباط مجتهدون أجلاء . ولقد كان مجلس علمه مجلس وقار ومهابة . قال الواقدي وغيره : « كان مجلس مالك مجلس وقار وحلم ، وكان رجلا مهيبا نبيلًا ، ليس في مجلسه شيء من المراء واللفظ ، ولا رفع صوت . اذا سئل عن شيء فأجاب سائله لم يقل له من

أين رأيت هذا» ^(١).

ولقد أنزل ولاية بنى العباس بذلك الامام الجليل محنة شديدة ، فقد ضربه الى المنصور بالسياط . وقد اتفقت الروايات على ايذانه ، واختلقت في سببه ، فقيل إنه كان لا يرى يمين المسكره وأن من حلف مكرها فلا يمين له . وكان يروى الحديث « وليس على مستكره طلاق » ، فقيل لبنى العباس ان هذا يستتبع أن من بايع مكرها فله التحلل من بيعتهم بهذا الحديث . فنهى عن التحديث به . فحدث به على رؤوس الأشهاد . وروى أن السبب أنه سئل عن البغاة الخارجين على الخلفاء ، أيجوز قتالهم ، فقال : ان خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز . فقال السائل فان لم يكن مثله ، فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ، ثم ينتقم من كليهما . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فمن المؤكد أن السبب رأى له قدراته أو وشاية تمام أثم . ولقد نتج عنه أن مالكا ضرب بالسياط ، ومدت يده ، حتى انخلعت كتفه ، قالوا فما زال مالك بعد هذا الضرب في رفعة من الناس ، وعلو من أمره ، حتى كأنما كانت تلك السياط حليا حل بها ^(٢).

٣٠ — وطريقة مالك في الاستنباط أن يأخذ من الكتاب ثم من السنة ، وكان لا يشدد فيشترط للأخذ بالحديث أن يكون مشهورا كما كان يفعل أبو حنيفة ، بل كان يأخذ بالسنة وإن لم تكن مشهورة ، ولكنه مع ذلك شديد التحري عن صدق الراوى ، ولقد كان يقول : « لا يؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ من سواهم : لا يؤخذ من سفيه ، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو الى بدعته ، ولا من كذاب يكذب في أحاديث الناس ، وإن كان لا يتهم على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة اذا كان لا يعرف ما يعمل وما يحدث به » ^(٣).

(١) راجع تاريخ التفسير الاسلامي للأستاذ المرحوم محمد بك الحنفرى .

(٢) راجع ضعى الاسلام الجزء الثانى ص ٢٠٧ . والانتقاء لابن عبد البر ص ٤٣ .

(٣) ضعى الاسلام الجزء الثانى ص ٢١١ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٦ .

وقد كان يأخذ بالقياس ، ولكن بقدر قليل . وقد اشتهر عنه الأخذ بأمرين : (أحدهما) عمل أهل المدينة ، فكان ما عليه عمل أهل المدينة يجب الأخذ به عند مالك رضى الله عنه ما دام أساس هذا العمل النقل لا الاجتهاد ، وقد كان يقول «إن الناس تبع لأهل المدينة التى إليها كانت الهجرة ، وبها نزل القرآن» ، فان اتفق أهل المدينة على أمر قدم على القياس ، بل على الحديث الصحيح وان كان العمل عليه أكثرهم قدم على القياس وعلى خبر الواحد .

(ثانيهما) الأخذ بالمصالح المرسلة ، وهى المصالح التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان أو الاعتبار دليل ، فانه يأخذ بها اذا لم يكن ثمة نص فى موضع النزاع^(١) . وقد فتح ذلك الأصل باباً متسعاً لحرية الاستنباط ، فكان مذهب مالك مع أنه فى مجلته من المذاهب التى تتمسك بال أثر قبل كل شئ من أوسع المذاهب وأرحبها ، وأقبلها للنمو ، ومسايرة الأزمان ، بسبب الأخذ بأصل المصالح المرسلة .

٣- الشافعى (١٥٠-٢٠٤)

٢١- هو أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ينتهى فى نسبه الى عبد المطلب جد النبى صلى الله عليه وسلم فهو عربى قرشى ، وقد ولد بغزة ورحلت به أمه وهو ابن سنتين الى مكة ، وفيها ترعرع ونما ، وتقصص فى بنى الهذيل بالبادية . وأخذ يتصل فى مكة برجال الفتياء والحديث ، ثم رحل الى المدينة ، ولازم مالكا رضى الله عنه ، وقرأ عليه الموطأ ، واستمر ملازماً له حتى مات .

ولقد ولى بعض الأعمال باليمن ، ثم اتهم بالتشيع لآل على ، ولكن نفي هذه التهمة عن نفسه أمام الرشيد ، فبرأ ساحته وقد التقى بمدئذ بمحمد بن الحسن الشيبانى وأخذ عنه فقه العراق واطلع على كتبهم ، ثم أخذ فى التطواف فى الأقاليم ، حتى أتى عصا التسيار ببغداد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهب الأول . وكان ثمرة لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز ، ولطريقة العراقيين ، ولتجاربه فى

(١) سنن المصالح المرسلة بعض التبيين فى الكلام فى العقود .

الولاية والتطواف في الأقاليم وإطلاعه على معاملات الناس المختلفة ، ثم سافر الى مصر ، وفيها انتفىق ذهنه الى أمور لم يرها أولا ، فأنشأ مذهبه الثاني ، وفي هذا المذهب اختلفت عن الأول نتيجة الاجتهاد قليلا وكثيرا في مسائل كثيرة . وفي الحق ان مذهبه قد جمع خير ما عند أهل الحديث من طرق الاستنباط ، وأوسط ما في مذهب أهل الرأي . ولقد قال الفخر الرازي : « ان الناس كانوا قبل الشافعي فريقين : أصحاب الحديث ، وأصحاب الرأي . أما أصحاب الحديث ، فكانوا عاجزين عن المناظرة والمجادلة ، عاجزين عن تزييف طريق أهل الرأي ، فما كان يحصل بسببهم قوة في الدين ، ونصرة الكتاب والسنة . وأما أصحاب الرأي فكان سعيهم وجهدهم مصروفا الى تقرير ما استنبطوه برأيهم ، ورتبوه بفكرهم . . . فجاء الشافعي ، وكان عارفا بالنصوص من القرآن والأخبار ، وكان عارفا بأصول الفقه وشروط الاستدلال . . . وكان قويا في المناظرة والجدل . . فرجع عن قول أصحاب الرأي أكثر أنصارهم وأتباعهم » ^(١) .

٢٢ — وطريقة الشافعي في الاستنباط مدونة في رسالته في الأصول « يحتاج بظواهر القرآن حتى يقوم الدليل على أن المراد بها غير ظاهرها ، وبعد ذلك السنة ، يأخذ برواية الواحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مادام ثقة ضابطا ، يأخذ كالإمامين السابقين بالإجماع ، ويرفض الأخذ بالمصالح المرسلة ، والامتنحسان ، ولا يأخذ من أبواب الرأي إلا بالقياس . وقد دافع عن آرائه بفصاحة ولباقة وحضور بدئية وقوة مِرَّة في الجدل والمناظرة .

٤ — أحمد بن حنبل (١٦٤ — ٢٤١)

٢٣ — هذا هو الإمام الرابع أحمد بن حنبل الشيباني . نشأ ببغداد وعاش بها ، وتلقى العلم عن أهل الحديث ، ودارس الشافعي ، ولقد قال فيه : « خرجت من بغداد ، فما خلقت فيها رجلا أفضل ولا أعلم ، ولا أفقه من أحمد بن حنبل » . ولقد كان أحمد زاهدا ورعا تقيا . نزلت به محنة استمرت طويلا ، فهو ممن امتنعوا

(١) ضحى الاسلام الجزء الثاني ص ٢٢٧ .

من أن يقولوا ان القرآن مخلوق في عهد المأمون ، فقيد وسيق في الأصفاد الى المأمون ، ولما مات المأمون لم ينقطع بلاء أحمد بل استمر البلاء به ومزق جسمه بالسياط ، وهو راض غير مستهين بمقيدته ، واستمر في الحبس ثمانية وعشرين شهراً ، حتى يئسوا منه ، وعلموا أنه لا يجيب دعاءهم ، ويؤثر بالاجابة دعاء النفس والوجدان وما يراه واجب الاعتقاد وجزءاً من الإيمان ، فأطلق سراحه ، فعاد الى ما كان عليه من الافتاء والتحديث الى أن مات المعتصم ، ولما آل الأمر للواثق سار على سنة أبيه وعمه في هذه المسألة ، وأُنزل الحنة بمن لا يراها ، ولكنه لم يرد أن ينزل بأحد أكثر مما نزل به ، فقال لا تجمعن اليك أحدا ، ولا تسكني في بلد أنا فيه . فأقام الإمام أحمد مختفياً لا يخرج الى صلاة ولا غيرها ، حتى مات الواثق ^(١) .
والامام أحمد يعده كثيرون من العلماء محدثاً ولا يعدونه فقيهاً ، فابن جرير الطبري يقول فيه : « انه رجل حديث لا رجل فقه » .

وفي الحقيقة أن فقهه يبنى على الحديث ، فاذا وجد حديثاً صحيحاً أفى به ، واذا وجد فتوى صحابي عمل بها ، واذا وجد فتاوى للصحابة تخير أقربها الى الكتاب والسنة . واذا سحت عنده روایتان مختلفتان في أمر من فتاوى الصحابة يروى عن أحمد روایتان أيضاً في الفقه ، ولا يأخذ بالقياس إلا في الضرورة القصوى ، ويرجح عليه الحديث ، ولو كان ضعيفاً . وكان يكره الفتيا فيما ليس فيه أثر ^(٢) .

الفقه في دور التقليد

(من منتصف القرن الرابع الى الآن)

٢٤ — كان الناس في العصور السابقة قسمين : أحدهما المجتهدون الذين يطلبون الشريعة من أصولها وثانيتها المقلدون الذين يأتون أهل العلم فيسألونهم عن الحكم في الأمر الذي يعرض لهم . أما في هذا العصر الذي توارخ للفقه فيه ، فقد استولت عليهم روح التقليد ، وأصبح الفقيه من يعرف ما استنبطه غيره لا من

(١) تاريخ الجدل للمؤلف ص ٢٧٢ .

(٢) ضحى الاسلام الجزء الثاني ص ٢٣٥ .

يستنبط الأحكام من مصادرها ، وشاع تقليد أصحاب المذاهب السابقة حتى لقبد قال أبو الحسن الكرخي ، وهو من الحنفية : « كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهي مؤولة أو منسوخة ، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ »^(١) . ولم يعرف أن أحداً أقدم على فتح باب الاجتهاد الحر بعد أن أحكموا تغاليقه إلا الامام الجويني والد امام الحرمين وعدداً قليلاً من العلماء اجتهدوا في بعض المسائل كابن تيمية وابن القيم .

ولماذا غلقت أبواب الاجتهاد أمام العقول ، وقد كانت مفتحة ، وكزت العقول في محيط التقليد الضيق وقد كانت في ساحة الاجتهاد المتسعة الأرجاء ؟ السبب في ذلك عدة أمور منها :

١ — تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقلهم الساطع ، وان التعصب انمكرة يجعل الانسان على الجمود عليها ، والتعلق بأهدياتها ، ودعوة الناس اليها وتحييدها ، وكذلك فعل أولئك الذين جاءوا بعد الأئمة السابقين ، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ، ونشرها بدل السير على منوالها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين وشكروا في أنفسهم .

٢ — القضاء : فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لا من المقلدين ، ولكنهم في تلك العصور آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدهم بمذهب معين ، وليعينوا لهم ما يحكمون على أساسه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب ، ولأن بعض القضاة المجتهدين كان يتعرض لتخطئته الفقهاء فيكون حكمه مثار نقد عند الناس ، لا سبب اطمئنان لهم ، وحكم القضاة يجب أن يكون داعية اطمئنان ، لا داعية انتقاد ، ليطمئن الناس على أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، وكان تقييد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سبباً في نشر هذا المذهب ، واكتفاء أكثر الناس به .

(١) تاريخ التصريح للرحوم الأستاذ الحضري بك .

٣ — سعى الحكماء المستبدين لتغليق باب الاجتهاد ، لأنهم وجدوا في استمراره مفتوحا ما قد ينقض من أمرهم ، لأن العقول اذا اتجهت بحرية الى ما في الدين من حقائق ، ونهالوا من ينابيعه ، وجدت من أصوله ما ينقض دعائم بينيها الظالمون ، ويؤسس قواعدها الفاشمون .

٤ — تدوين المذاهب : فتدوينها سهل على الناس تناولها ، والناس دائما يطلبون السهل اليسير ، دون الصعب العسير ، ولقد كان يدفع الناس الى الاجتهاد في العصور السابقة تعرف أحكام حوادث لا يعرفون حكمها ، وشئون عرضت لا يدركون أمر الشريعة في شأنها ، فلما جاء المجتهدون في الأدوار السابقة ، ودونوا أحكام الحوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضها صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكثفوا بمقالمهم في شأنها ، فسدت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم الى بحث جديد . وساعد على ذلك ما للأقدمين من تقدير وما يكسبهم مضي الزمن من اجلال ، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين .

لهذا كله انصرف الناس الى التقليد ، اللهم في تعرف علل الأحكام في المذهب ، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب على غيرها . ويسمى من أوتي القدرة على ذلك وأجيز له المجتهد في المذهب .

ويصح لنا أن نختم الموضوع بكلمة للحق والضمير ، وهي أن الأئمة روى عن أكثرهم نهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم ، فأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان : « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعي مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب ، وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدرى . ويقول ابن حنبل « لا تقلد في دينك أحدا » ^(١) . والله أعلم بالصواب .

الكتاب الأول

في الاموال والملكية

المال

١٩ — المال في اللغة كل ما ملكته من جميع الأشياء ، فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عينا أم منفعة . وقال ابن الأثير في النهاية : « المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

والمال في اصطلاح الفقهاء قريب منه في اللغة ، وقد اختلفت عباراتهم في تعريفه ، ولكنها في اختلافها تتقارب في مرادها ، ولا تتباعد في مفهومها ، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يميل اليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ^(١) . وفي هذا التعريف ميزة أنه ربط بين معنى المال في الشرع واشتقاقه اللغوي ، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أفراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي ، فهذا النوع من المال لا يدخل في عموم هذا التعريف مع اجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجرى فيه التعامل ، ومن ذلك أصناف من البقول أو الخضر ونحوها . وأيضا فن الأموال ما لا يميل اليه الطبع ، بل يعافه وينفيه ويبعده كـ بعض الأدوية والسموم فانها أموال ، والتعريف بظاهرها لا يشملها ولا تدخل في عمومها ، إلا اذا تأولنا ميل الطبع الى الشيء بأنه الميل لادخاره وتموله ، وفي الحق ان كلمة يميل الطبع اليه غير محدودة وغير معينة المراد ، ويجوز أن تذكر في سياق بيان تناسب بين لفظ المال وأصله في الاشتقاق ، ولا تساق لتعيين معنى فقهي .

وعرفه بعضهم بأنه ما يجري فيه البذل والمنع ^(٢) ، وهذا التعريف مع ايجازه أعم من الأول وأكثر شمولاً ، ولكنه يشمل المنافع ، وفي اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد .

(١) راجع البحر الجزء الخامس . والمجلة العدلية الجزء الأول .

(٢) راجع الدرر والدر المختار وحاشيته رد المختار الجزء الخامس .

وأحسن تعريف في نظرى ما نقله صاحب البحر عن الحاوى ، وهو أن المال اسم لغير الآدمى خالق لمصالح الآدمى ، وأمكن احراره والتصرف فيه على وجه الاختيار ، وهذا التعريف كامل صحيح ، وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الانسان المسترق ، وهو نقص فيه كمال ، لأن الانسان لا يعتبر مالا في أصله ، والمالية أمر عارض للعبيد ، ويحسن رفعها ما استطاع الانسان الى ذلك سبيلا ، وهذا أمر مقرر في الاسلام .

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة ، واختلافها ليس ناشئا عن اختلاف آراء قائلها ، بل هو اختلاف عبارات بين الوضوح والغموض والشمول وعدمه ، والمراد عند الجميع واحد ، ولا يتعد عن التعريف اللغوى للمال ، وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيهما كلمة المال ، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون ، وأطلقت على ما كانوا يجرون في معاملاتهم ، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفا اسلاميا له ، كما ورد في الصلاة والصوم والنكاح وغيرها ، فكانت في فهمها على ما عليه العرب ، فاذا قرأ العربى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه ، وماله ، وعرضه » فهم المراد من المال بالطريق الذى يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع الى اصطلاح خاص .

§ ٢ — والشارع الاسلامى لا يعتبر كل مال صالحا للانتفاع بمباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال ، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به للمسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره ، ومنها الحجر والخنزير ، فإن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما ، وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما في يده ، ويسمى هذا النوع من المال مالا غير متقوم ، لأن الشارع لا يعترف له بقيمة ، اذ لا يبيح

الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، ولا يبيح الانتفاع الا في حال الاضطرار ، كمن لا يجد ماء ، وهو في حال ظمأ شديد يخشى معه هلاكه ، ووجد خمرا ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها راعب فيها ، وغير مجاوز حد الضرورة وما تدفع به .

ويسمى النوع الذي يساح الانتفاع به مالا متقوما ؛ لأن الشارع اعترف بقيمته الذاتية ، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع ، وهو محترم مصون ، من تعدى عليه غرم ، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال ، وقد نقل ابن نجيم في بحره عن الكشف الكبير جملة موجزة توضح العلاقة بين التقوم والمالية ، فقال : « وفي الكشف الكبير . . . المالية انما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض ، والتقوم يثبت بها ، وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين الناس ، ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم » .

وترى من هذا أن المالية تلازم التقوم ، فحيثما كان تقوم فلا بد أن تصحبه مالية . وقد تكون المالية من غير أن يثبت تقوم ، ويكون حينئذ مالا غير متقوم لا يعترف الشرع له بقيمة ذاتية ، ولا يضيف عليه قيمة شرعية ، وإن شئت فقل إن المال غير المتقوم مال في عرف مستحليه ، ولكنه غير مال في نظر الشرع ، لأنه سلب احترام المال ، وسلب القيمة التي يسير بها في الأسواق ، والانتفاع الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية .

وقد أنبنى على سلب الشارع القيمة من المال غير المتقوم أن متلقه لا يضمن لصاحبه المسلم شيئا ، لأنه غير مصون . وإذا كان المال غير المتقوم عوضا في البيع أو في أى عقد من العقود لم يصح العقد ، ولم يكن له احترام العقود الواجبة الوفاء

التي يظنها الشرع بجايته^(١).

ولكن هذا إنما هو خاص بالمسلمين ، أما غير المسلمين فإن كان المال غير المتقوم عندنا يتعاملون هم به ، وينتفعون به في دياتهم فقد أمرنا باحترامه ، لأننا مأمورون باحترام كل ما يتدينون به^(٢) ، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون ، فالخزير والخنزير عند أهل الذمة أموال متقومة لا يجدون عندهم حريجة دينية في الانتفاع بها ، فحق علينا أن نحترمها ، فإذا أتلف شخص لذي خمر أو خنزيراً وجب عليه أن يضمن له ما أتلف ، وإن ترافعا إلى القضاء ألزمه بالضمان ، وعقودهم فيها من بيع وشراء وغيرها صحيحة محترمة مصونة . روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد اجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء انه قد بلغنى أنكم تأخذون في الجزية الخمر والخنزير ، فقال بلال : أجل انهم يفعلون ذلك . فقال فلا تفعلوا ، ولكن ولوا أربابها بيعها ، ثم خذوا الثمن منهم^(٣) . وهذا الأثر يدل على أمرين أحدهما أنه لا يصح للسلم أن يدخل الخمر والخنزير في ملكيته ، بل لا تثبت له ملكية عليهما ، وثانيهما أن لغير المسلمين أن يتولوا العقود عليهما ، لأن ملكيتهم لها محترمة .

٣ — وهل يعتبر المباح مالا متقوما ، جاء في المجلة العدلية أنه مال غير متقوم إذ لم يدخله في ضمن تعريف المال المتقوم . فقد جاء في المادة ١٣٧ ما نصه : « المال المتقوم يستعمل في معنيين الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثاني بمعنى

(١) ويكون البيع باطلا إذا كان المال غير المتقوم قد تعين أن يكون البيع في العقد فإذا كان الخزير مثلاً مقابلاً بما يثبت ديناً في الذمة تعين أن يكون مبيعاً ، فيبطل ، وإن كان مقابلاً لما لا يثبت أن يكون ثمناً كان العقد فاسداً .

(٢) ما ذكره هنا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وأما مذهب الشافعي رضى الله عنه ، فهو أن السلم إذا أتلف خمر أو خنزيراً لذي لا يجب عليه الضمان ، وذلك لأن لهم مالاً وعليهم ما علينا فما ثبت في حقنا من العقود والأموال وأحكامها ثبت في حقهم ، وذلك مال غير محترم عندنا ، فهو عندهم كذلك ، ووجه نظر الحنفية أننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، وإذا كانوا يعتقدون في مثل هذه الأموال الحل . وحلناهم على عدم تناولها . ولم نحترمها . فقد ألزمتنام بقيدتنا ولم نتركهم وما يدينون ، وذلك غير المقرر من قواعد الدين ، ونظريات الشريعة .

(٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٥١ ، وفتح القدير الجزء الخامس ص ٣٦ .

المال المحرز ، فالسماك في البحر غير متقوم ، وإذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز .

وقد تبعت المجلة في هذا صاحب التلويح ، فقد جاء فيه « ان التقوم ضربان عرفي ، وهو بالاحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرها ليس بمتقوم ، وشرعي ، وهو باباحة الانتفاع به »^(١) .

ومن هذا ترى أنه جعل الاحراز سبباً للتقوم ، كما جعل اباحة الانتفاع سبباً له ولذا جعل غير المحرز كالصيد والحشيش وغيرها ليس بمتقوم ، ولعل الذي دفعه الى ذلك هو عدم ضمان المباحات بالاتلاف ، وعدم صحة العقد عليها ، فكان ذلك دليلاً على عدم تقومها .

والذي أراه أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالاً متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بها ، واحترم ملكية من سبق اليها واستولى عليها ، وإذا نظرنا هذا النظر لا تعد أموالاً غير متقومة ، لأن الأموال غير المتقومة ما لا يقر الشارع ملكيتها ولا يحترمها ، ولا يبيح الانتفاع بها . وأما عدم ضمان المباح باتلافه ، فلا أنه لا مالك له ، والضمان إنما يكون للمالك يطالب بحقه ، وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه ، لعدم ملكية المتصرف ، ولأنه باق على الشركة الطبعية باباحته للعموم وتركه للناس يتسابقون في احرازه والاستيلاء عليه ، وبالأحراز يدخل في الملكية ، وتتعلق به كل حقوق المالك للمحرز .

ومن أحسن ما قيل في المباح ما جاء في شرح المجلة للغزى في باب الشركة في المباح : « قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلاء ، والنار ، فما لم يسبق اليه حوز من هذه ، فهو باق على أصل الشركة ، وما أحرز من ذلك بما يعالج من وسائل الاحراز لأحد يكون ملكاً له ، يورث عنه

(١) وقد جاء في البدائع في كتاب النصب ما يفيد بفحواه ما قاله صاحب التلويح ، وجاء في كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى مثل ما جاء في التلويح أيضاً ومن أدلتهم أن المباح ليست له قيمة قبل احرازه .

ويتصرف فيه استقلالا على نحو التصرف في الأملاك الخاصة ، وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصته منه بالسعى والعمل ، والعاطل والمعطى عنه يكون مظلوما من نفسه ، لا من رفاقه الشركاء ؛ لأن وظيفة الحياة العامة العمل « (١) » هـ .

٤ — وتقسيم المال في الشريعة الى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ؛ لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها واحرازها ويعد احرازها جريمة الا في أحوال استثنائية ، وهى المواد المحرم تناولها ، وكل من استولى عليها في غير أحوالها الاستثنائية بأى طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده ، ومن ألتفها في هذه الحال لا عقوبة عليه ، فى مهدة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون ، فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقاربا (٢) له في المعنى ، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال . فكأنه سلبها قيمتها من محرزاها ، ولا يكتفى القانون في سبيل التحريم باهدار ماله من ملكها ، بل يجعلها سببا في العقاب الأليم ينزل به ، والغرم المالى يهبطه . ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها ، ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة قانونا بأنها مال غير متقوم في يد من يستولى عليها من غير مسوغ قانونى للاستيلاء .

§ ٥ — وقبل أن نترك الكلام في حقيقة المال في نظر فقهاء الشريعة نعرض المنافع أعتبر مالا متقوما أم لا تعتبر كذلك ؟ قال الشافعى ومالك ، انها أموال متقومة مضمونة ، والدليل على ذلك :

١ — أن الطبع يعيل اليها ، ويسعى فى ابتغالها وطلبها ، وتنفق فى سبيلها

(١) الجزء الثالث س ٣ .

(٢) لا نستطيع أن نعتبره الا مقاربا لمعنى المال غير المتقوم في الشريعة . لأن غير المتقوم في الشريعة لا يعتبر في نظرها مالا قط . وان كان يعتبر في نظر الناس أو بعضهم مالا . وأما المواد المحرمة في قانون العقوبات فهى تعتبر مالا في نظره . ولكن عدم احترام ملكيتها لتحريمها ولتبع تناولها ، وسدا للنزعة ، وردعا لمن يسهلون للناس باب الأخذ والمطاء فيها .

الأموال ، و يقدم فى سبيلها نفيس الأشياء و رخصتها .

وان المصلحة فى التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها ، فالذوات لا تصير أموالا إلا بمنافعها ، فلا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة ، وما تشبعه من حاجة نافعة ، إذ كل شئ لا منفعة فيه لا يكون مالا ، واذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببها ، ومناطها والعلة فى وجودها فى الذوات والأشياء .

ب — وان العرف العام فى الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضا مالياً ، ومتجراً يتجر فيه ، فالخانات والأسواق ، والبيوت التى تعد للاستغلال بسكنائها ، أما تتخذ فيها المنافع متجراً ومستغلاً تدر على أصحابها الدر الوفير ، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالاً تبتغى .

ج — والشارع الاسلامى اعتبر المنافع أموالاً ، لأنه أجاز أن تكون مهراً فى الزواج ، ولا يكون مهراً فى الزواج إلا المال كما قال الله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مساعحين » . فاتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً دليل على اعتبارها مالا ، ومن لم يعتبرها كذلك ، فهو متناقض فى آرائه .

د — ولقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً ، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن أموالاً فى ذاتها ما قلبها العقد مالا ، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خواصها . وقال الحنفية ان المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها ، وإنما تقومها بالعقد ، وقد استدلو على ذلك بأن صفة المالية للشئ لا تثبت إلا بالتمول . والتمول صيانة الشئ واحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بشئ مستهلك له انه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئاً انه يتمول ذلك المأكول ، واذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن احرازها ، إذ أنها لا تبقى زمانين ، بل تكسب آناً بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشى ، وتنفى فلا يبقى لها وجود .

واذن فهي ليست بمال ، لأن المالية بالتمول ، كما ذكرنا وكما استبان مما نقلناه عن صاحب البحر .

والمنافع قبل كسبها معدومة ، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال ، وبعد كسبها لا يمكن احرازها ، والتقوم من أسبابه الاحراز فليس غير المحرز مالا متقوما ، كالصيد في الفلاة ، والحشيش في الكلا المباح^(١) . وإذا كانت المنافع حتى بعد وجودها لا يمكن احرازها ، فعلى ذلك لا يمكن أن تعتبر مالا متقوما . لهذا كانت المنافع في ذاتها وفي القياس والنظر لا تعتبر مالا متقوماً ، ولكن ورد النص ، وجرى العرف بعقد الاجارة وما يشبهها من العقود التي ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحساناً وعلى غير القياس ، وما جاء على غير القياس يقتصر فيه على مورد النص ، لا يعمده ، ولا يتجاوزه الى غيره ؛ لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود ، وليست مقومة بذاتها^(٢) .

ولكن إذا كانت المنافع ليست أموالاً مقومة فكيف تجري عليها التصرفات الشرعية التي أجازت استحساناً ، اذ كيف تجري التصرفات الشرعية على معدوم ، لا وجود له ، وان وجد ، فليفتى في ابائه ؛ لأنه لا يخرج عن أنه كسب للشخص ، وليس بوجود قائم بذاته ، وقد أجاب عن هذا صاحب التلويح بأنها ، وان لم تعتبر مالا تعتبر ملكاً ، لأن الملك لا يقتضى الوجود كالمالية ، إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية ، ولا شك أن يثبت يرد على المنافع باجماع الفقهاء وهذا نص ما جاء في التلويح : « والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة » ثم أن العين تقوم مقامها .

(١) هذا الكلام مبنى على اعتبار المباح مالا غير مقوم ، وقد بينا رأينا في هذا .

(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف وتلك الأدلة من كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البردوى . والقرير والتجوير على التحرير لكمال الدين بن الهمام . وشرح المنار في الأصول لابن الملك . وحاشية الأزميرى على مرآة الأصول وشرح الكنز للزيلعي . ومع أن المنافع لا تعتبر أموالاً عند الحنفية قالوا انها هوم من غير عقد في الوقف ومال اليتيم والأعيان المدة للاستغلال .

وقد انبنى على هذا الخلاف بين الشافعى والحنفية فى حقيقة المنافع ، أهى مال أم غير مال خلاف فى فروع كثيرة فى بعض مسائل الغصب والاجارة والاعارة نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى .

القيمى والمثل

§ ٦ — القيمى نسبة الى القيمة . والمثل نسبة الى المثل ، ويطلق المثل فى الشريعة على الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن ، والمعديات ^(١) المتقاربة التى لا تفاوت بين آحادها ، أو بينها تفاوت لا يعتد به فى نظر التجار . ويمتاز المثل بأن آحاده لا تفاوت بينها كما بينا ، وصفقاته لا يضرها التبعض ، فمن أراد أن يشتري مائة أردب قمحا ، بعشرين جنينا ومائة ، لا يضره أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة لأن التجزئة لا تضر آحاد المكيلات والموزونات ، ولا تختلف أسعارها فى أجزائها عنها فى مجموعها .

والقيمى ما لا يقدر بالكيل أو الوزن ، وليس عدديا متقاربا ، فالتفاوت بين آحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره . ومن القيمى الأشياء التى تعرف بالقياس ، وهى المسماة بالمذروعات ، وكانت هذه قيمية للتفاوت بين آحادها ، ولأن التجزئة تضرها ، فمن يريد أن يشتري أربع أذرعة من مقيس لا يرضيه أن يشتريها مجزأة ؛ لأن قيمتها وهى ذراع واحدة غير قيمتها فى ضمن ثلاث أذرعة .

وقد عرف قدرى باشا فى مرشد الحيران المثل بأنه « ما يوجد له مثل فى المتجر بدون تفاوت يعتد به ، ومنه المعديات التى لا يكون بين أفرادها

(١) خالف زفر فى اعتبار العددي مثليا يضمن مثله عند الأتلاف . ولذا قال ان العددي تضمن قيمته بالاتلاف لا مثله . واستدل على ذلك بأن العددي لم يثبت مماثلة آحاده بالنس ، بل ثبت بالاجتهاد ولذا لا يجرى فيه الربا بخلاف المكيل والموزون فان المثلية بين آحاده ثبت بالنس . وإذا كان العددي كذلك تعمدر معرفة مثله قطعاً . فيصار الى القيمة (راجع الزيلعى فى باب الغصب) .

تفاوت في القيمة» ، وعرف القيمي بأنه « ما لا يوجد له مثل في المتجر ، أو يوجد لكن بتفاوت في القيمة ، ومنه المدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تساوت في القيمة »^(١) . وهذا التعريف لا يخلو من تسامح ، لأن أصناف الثياب لها مثيل في الأسواق ، ويعنيها الوصف ، بدليل جواز السلم فيها ، ومع ذلك لا تعد من المثليات ، بل تعد من القيميات ، ولو كان وجود نظير في السوق كافيا لاعتبار المال مثليا ، لكانت هذه مثليات ، لأن لها نظيرا في السوق اعتبره الشارع نظيرا ، ومع ذلك فهي قيمي^(٢) ، يضمن متلقه قيمته لا مثله ، وقد علل الفقهاء اعتبارها قيميا (مع امكان تقديرها بالوصف تقديرا معينا) بأنها يضرها التبعض ، ولأنها يضرها كانت القيمة هي الحكم في معرفة مالية أعضائها .

والمثليات منها نقود ، ومنها غير نقود ، فالدنانير والدرهم من المثليات ومثلها الجنهيات والنقود الفضية في عصرنا الحاضر من المثليات ، وهذا النوع يسمى ثمنا ، وغيره يسمى مثمنا ، والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معاير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء ، وما فيها مما يشبع حاجات الناس ، فالدرهم والدنانير ليس فيها نفع ذاتي قائم بها ، لأنها لا تشبع حاجة ، ولكنها ذرائع ووسائل^(٣) ومقدرات المالية في الأشياء المشبعة للحاجة . ولأن النقود لا تشبع حاجة بنفسها ، ولا تنفع بذاتها ، بل تقاس بها مالية

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد الحبران ، ومثل هذا التعريف جاء في المجلة العدلية في المادتين ١٤٥ و ١٤٦ .

(٢) في فتح القدير ، وحاشية الزيلعي ، وفي العناية في باب السلم التصريح بأن الثياب قيمة لا مثلية لتضمن بقيمتها ، ولكن يجوز فيها السلم ؛ لامكان تعيينها بالوصف ، ولوجود نظير لها في السوق . والثياب في أزمان الاجتهاد كانت تصنع بالأيدي لا بالآلة ، فلم يكن التماثل بين أحادها وأجزائها تاما ، ولذا ضمنت بالقيمة . أما في هذا العصر وهي تصنع بالآلة . والتماثل بين الأحاد تام يصح اعتبارها مثلية .

(٣) ولكن بمرور الأجيال ، وبما تعطيه لأصحابها من سلطان صارت هي غرضا مطلوبوا ، وهدفا مقصودا ، وضار كثير من الناس يجحد لناذة نفسية في ادخارها وجمعها ، وصارت كأن وجودها بين يديه يشبع حاجة ، ورغبة مستكنة ، وسبحان مقلب القلوب !!

الأشياء كانت في عقود المعاوضات أماناً دائماً ، ولا تتمتع في العقود بالتأمين^(١) بالإشارة ، بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما يشتمل على هذه الأوصاف ، فكانت ثابتة ديناً في الذمة ، وإذا كان عقد المعاوضة تقدماً بنقد قال الفقهاء انه بيع دين بدين ، وسموه صرفاً ، وكان ديناً بدين ، لأن كلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين ، بل يثبت بأوصافه في الذمة .

أما بقية المثليات ، فقد تثبت بأوصافها ؛ فتكون ديناً في الذمة ، وقد تعين بالتعيين ، فلا تكون ديناً في الذمة ، بل تثبت بأعيانها ، لا بأوصافها .

٧٨ — ومهما يكن من فرق بين النقود وسائر المثليات ، فالمثليات كلها تمتاز عن القيميات بأنها تثبت ديناً في الذمة ، اذ يمكن ثبوتها بأوصافها ، أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ، ولا يمكن أن تثبت بأوصافها^(٢) .

ولكن ما الذمة التي تثبت فيها الديون ؟ قال الفقهاء انها أمر معنوي فرضي جعلوه محلاً لاثبات العهود والديون ، ولذا عرفها صاحب البحر في أول كتاب البيع بأنها أمر شرعى مقدر في المحل يقبل الالتزام والالتزام^(٣) . وقال العز بن عبد السلام : هي معنى مقدر في المحل يصلح للالتزام ، والالتزام^(٤) . والتعريفان متقاربان في الألفاظ والمعاني ، ومهما أن الذمة ليست سوى أمر

(١) يستثنى من ذلك بعض العقود ، ومن ذلك الوديعة ، والفرض (راجع أصول فخر الاسلام للزبدوى) .

(٢) أرى أنه يقرب من المثليات في هذا المعنى المذكور التي يجوز فيها السلم ، لأنها بصحة السلم فيها تصير ديناً في الذمة ، ولهذا كانت شبيهة بالمثلي في هذا المعنى ، وإن لم تكن مثالياً في نظر الفقهاء في الجملة وفي كل الأحوال ، بل قد تكون مثالياً في بعض الأحوال فقط .

(٣) والذمة للمالية في القانون هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، فهي تتكون من عنصرين : عنصر ايجابي ، وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبي ، وهو مجموع للالتزامات (راجع علم أصول القانون لأستاذنا السنهوري بك) وهذا التعريف في جلته قريب من تعريف علماء الشريعة .

(٤) حاشية الأشباه والنظائر وحاشيته للحوى .

معنوى فرضه الفقهاء لتحمل الواجبات ، ولزوم أدائها^(١).

٨ — وليست التفرقة بين القيميات والمثلثيات مقصورة على أن هذه تثبت ديناً فى الذمة وتلك لا تثبت ، بل من الفروق بينهما أن القيمى يضمن بقيمته والمثل يضمن بمثله ، فإذا تعدى شخص على مال غيره فأنتله ، فإن كان مثلياً ضمن مثله ، وإن كان قيمياً ضمنه قيمته ، وذلك لأنه بالتعدى كان واجبا أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء ، ويميط عنه أذى الاتلاف ، وذلك يتحقق على وجه السكامل إذا عوضه بمثله ما أمكن المثل ، فإن تعذر عليه أن يدفع اليه المثل وجبت القيمة ؛ لأنها المثل المالى القاصر . ولما كانت المثلثيات يمكن تعويضها بأمثالها كان الواجب عند التعدى عليها مثلاً ، أما القيميات فتجب قيمتها لتعذر وجود مثل لها من غير تفاوت كبير ، فصرنا الى المثل المالى وهو القيمة . وعلى هذا أكثر الفقهاء^(٢) .

وقال بعض من نفاة القياس ، انه عند التعدى تضمن القيمة مطلقاً ؛ لأن حق التعدى عليه متعلق بعين الشيء المتلف وماليته وقد تعذر رد عينه لتلفها ، فوجبت المالية وهى قيمة الشيء ، إذ القيمة هى المعينة للمالية .
وقد نلخص هذا الموضوع الأزمرى فى حاشيته على مرآة الأصول فقال :
« انما كان الضمان بالمثل كاملاً . لأن الأصل فى ضمان العدوان هو الضمان بالمثل فى المثلثيات ، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه ، فلا يصار الى المثل معنى فقط ، وهو القيمة الا عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا لوجود المثل . . وقال قوم من نفاة القياس : الواجب على الغاصب رد القيمة مطلقاً ، لأن حق المالك فى العين والمالية معا ، وقد تعذرت العين فتجب المالية ، ومالية الشيء قيمته ، احتج عامة الفقهاء بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى »

(١) سنيين الذمة والاختلاف فى شأنها عند الكلام فى الأهلية .

(٢) قال المالكية اذا أتلّف شخص قيمياً لآخر عوضه بقيمى من جنسه قيمته تساوى قيمة المتلف تحقيقاً للذمى ما أمكن .

عليكم ، فانه صرح بالمثل ، والمتبادر هو المثل صورة ومعنى ؛ لأن المقصود بالضمآن هو الجبر ، وذلك أتم في المثل » ^(١) .

وإذا انصرم المثل وانقطع من الأسواق كأن يكون عدديا ، وانقطعت موارده في الأسواق لعارض حرب أو نحوه ، وجبت قيمته ، لأن التعويض بالمثل ، وهو الأداء الكامل تعذر فيتحول الى القاصر ، لأنه الممكن ، ولا تكليف أكثر مما في دائرة الامكان ^(٢) .

هذا وبين المثل والقيمي فوارق كبيرة في أحكام كثير من العقود ، كالقسمة والبيع وغيرهما . ففى القسمة القيمي لا يقبل القسمة جبرا والمثل يقبلها . وفى البيع المثل يـكون ممنا ومحلا للسلم . والقيمي لا يكون كذلك .

٩ — ولقد وجدنا في ثنايا مواد القانون المدنى أحكاما للأشياء المقدرة بالكيل أو الوزن أو الذرع ، وأكثر ما تكون تلك الأحكام فى البيوع ، وأخص ما يمتاز به تلك المقدرات فى القانون المدنى أنها تجرى فيها المقاصة .

ولقد تعرض الأستاذ الدكتور السنهورى بك فى كتابه أصول القوانين لهذا التقسيم فقال : « القيمي ما لا تعدد آحاده . مثل منزل وفرس معين ويتمين بالتسمية أو الوصف . والمثل ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الفلال والقطن والثياب والبيض ، ويتمين إما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن أو بالذرع كالثياب ، أو بالعدد كالبيض .

وثرة التقسيم تظهر فى وجهه مختلفة منها : (١) للمقاصة ؛ فانها لا تكون إلا فى المثل (٢) وهلاك المثليات تكون على المشتري بعد التمين ، ولو قبل التسليم ،

(١) حاشية الأزيمرى الجزء الأول فى باب الأمر .

(٢) قد اختلف فقهاء الحنفية أعتبر قيمة المثل المنصرم يوم وجب فى الدية أم يوم انقطاعه عن الأسواق أم يوم الخصومة للحكم بالضمآن والانتطاع . قال الأول أبو يوسف وقال الثانى محمد وقال الثالث أبو حنيفة ، ولكل وجهة .

أما هلاك القيميات فلا يكون على المشتري إلا بعد التسليم» (١).

§ ١٠ - العقار والمنقول : تنقسم الأموال في الشريعة إلى عقار ومنقول ، فالعقار ما لا يمكن نقله وتحويله . والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله ، ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس ؛ ولذلك قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضين (٢) ، سواء أكانت أراضى للزراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك ، ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال ، غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعاً له وهو البناء والغراس ، فما يدخلان في العقار تبعاً في بعض العقود والتصرفات الشرعية ، لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات ، ولا حاجة إلى النص عليهما ، لادخالهما في ضمن ما يشمل العقد .

وفي مذهب مالك رضى الله عنه : العقار يشمل الغراس ويشمل البناء ؛ لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار (٣) ، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما ، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب ، والبناء إلى أنقاض ، وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقاراً كالأرض .

ومذهب مالك قريب مما جاء به القانون المدني الأهلى والمختلط والفرنسى ، وهذا نص ما جاء بالقانون الأهلى في مواد الأولى والثانية والثالثة : « (١) تنقسم الأموال إلى ثابتة ومنقولة . (٢) الأموال الثابتة هى الحائز لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها ، أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق الميئنة المتعلقة بتلك الأموال (٣) ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولاً » .

وترى من هذا أن القانون المدني يتقارب جداً في نظره الى حقيقة العقار

(١) هنا ما ذكره الأستاذ الكبير ، والجزء الأول من ثمرات التقسيم لا خلاف فيه ، والثانى موضع نظر وتحقيق . فليراجع في مصادره .

(٢) راجع فتح القدير في الوقف الجزء الخامس .

(٣) راجع المرح الكبير في باب الشفعة .

والمقول من مذهب مالك ، وإن كان القانون يتوسع في معنى المقار وحقوقه أكثر مما يتسع له مذهب ذلك الامام رضى الله عنه ، وسنشير الى ذلك فيما يأتى من آثار هذا التقسيم في الشريعة والقانون .

١١٨ — وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات آثار في الأحكام كثيرة ، جعلت لكل قسم أحكاما تختص به ، وتصرفات ترد عليه دون الآخر ، فالمقار يرد عليه من التصرفات ما لا يرد على المنقول ، وبعض العقود فيه آثار ليست في المنقولات ، نذكر من ذلك أمثله :

١ — فالشفعة مثلا لا تثبت أثناء البيع إلا في المقار ، ولا تثبت في المنقول إلا اذا دخل في المقار تبعا ، والا في حق الملو مع حق السفيل والعكس ولم تثبت الشفعة في المنقول في غير هذه الأحوال الا عند الامام مالك رضى الله عنه ، فقد أثبتتها في السفن ^(١) والثار المتصلة بالأشجار وروى عنه مع الخلاف فيه الشفعة في اجارة الاراضى الزراعية ودور السكنى والمساقاة ^(٢) .

ومهما يكن من امر هذه الأقوال في ذلك المذهب ، فالجمهور من الفقهاء على أن الشفعة لا تكون الا في المقار على وجه العموم ، والمنقول في بعض أحوال قليلة جدا .

ب — أن المقار يصح وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف ولزومها . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعا للمقار أو يكون قد ورد بصحة وقفه أثر ، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفتى به الامام محمد رضى الله عنه . وهذا كله في مذهب الحنفية ، أما مذهب غيرهم من الأئمة ، فقد أجازوا في الجملة وقف المنقول ، وإن اختلفوا فيما بينهم ، ما بين مضيق وموسع .

ج — المقار إذا كان مبيعا صح التصرف فيه قبل قبضه عند الامام أبى

(١) قد أثبتها بعض الفقهاء في الصرعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون ، وقد ذكر هذا القول في بداية المجتهد ونهاية المبتدئ فقد جاء فيه : « وحكى عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون » .

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المبتدئ .

حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وخالفهما محمد والشافعى رضى الله عنهما ، ومنعاً
التصرف فيه قبل القبض ، وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، حتى
على مذهب الامام وصاحبه ، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك ، وإذا هلك بطل
البيع الذى كان أساساً لذلك التصرف ، فكان هذا التصرف محتملاً للبطلان ،
فكان من الاحتياط الانتظار الى حين القبض ، صونا للعقود عن البطلان ،
وابعاداً للتصرفات عن احتمال الالفاء .

د — عند بيع القاضى أموال المدين (على قول من يميز ذلك البيع من
الأئمة) يبتدأ فى البيع بالمنقول ، فان لم يف بالدين ينتقل الى العقار ، ويبتدأ من
المنقول بما ينحس عليه التلف ثم بما يكون معدداً للربح والكسب كمروض التجار .
ثم يكون البيع فى سائر المنقولات .

هـ — ليس للوصى بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون
إلا عند وجود حاجة دافعة كإفناء دين ، أو لمصلحة راجحة ، أو اضطرار كنزح
المالك فى سبيل المنافع العامة ^(١) ، وأما المنقول فيبيعه سائغ من غير قيد إلا قيده
واحداً ، وهو أن يكون للنظر والمصاحبة وقد وكل الأمر فى ذلك الى نظر الوصى
وحسن تقديره .

و — وحقوق الارتفاق والجوار لا تتعلق بالمنقول ، بل تتعلق بالعقار على
ما سنين ان شاء الله تعالى .

١٢ — وقد كان لتقسيم الأموال الى ثابتة ومتقولة آثار فى القانون المدنى
واسعة النطاق ، نذكر منها قليلاً :

أ — العقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل الا بالتسجيل ، بينما
المنقول لا يحتاج فى نقل ملكيته سواء أكان بهبة أم ببيع الى تسجيل .

ب — والعقار لا تثبت بوضع اليد عليه سند وبحسن نية — الملكية فيه
الا بعد مضي خمس سنوات بينا المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد فى الحال

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك .

الا في حالة السرقة أو الضياع ^(١) .

٣ — والرهن التأميني وحق الاختصاص لا يكونان إلا في العقار
ولا يكونان في المنقول ^(٢) .

٤ — ومن جهة قانون المرافعات نرى ثمة تفرقة بين العقار والمنقول ، فإذا
كان موضوع النزاع عقارا أو أمرا متعلقا به كانت المحكمة المختصة هي المحكمة
التي في دائرتها ذلك العقار ، أما في المنقول فكانه لا يعين الاختصاص .
ودعوى رفع التعرض واسترداد الحيازة ، ووقف العمل الجديد تتعلق بالعقار
دون المنقول ^(٣) .

وثمة ثمرات كثيرة لتقسيم الأموال الى عقار ومنقول ، نكتفي بما ذكرناه
ليكون دليلا على ما لم نذكره .

١٣ — هذه وغيرها من ثمرات التقسيم الى عقار ومنقول في القانون ،
غير أن العقار في القانون أمر واشمل منه في الشريعة ، ويلحق به في أحكامه في
القانون ما لا يلحق به في نظر الشريعة . فالعقار في القانون يشمل :

١ — الأموال الثابتة بطبيعتها ، وهي الأراضي كالبرك والمستنقعات والمعادن
قبل استخراجها ، والأحجار قبل قطعها . ومن هذا القسم الأشجار المفروسة التي
لم تنفصل عن الأرض ^(٤) ، والنبات « ويشترط في النبات المعتبر ثابتا أن تمتد
جذوره في الأرض فلا يعتبر مالا ثابتا النبات الذي ينمو في الأوعية ويعتبر النبات
عقارا بطبيعته ، وإن كان زرعه في الأرض مؤقتا . . ولا فرق في اعتبار النبات

(١) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع في هذا كتاب الأموال للأستاذ الكبير الدكتور محمد
كامل مرسى بك .

(٢) راجع كتاب الأموال .

(٣) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسى بك .

(٤) راجع شرح القانون المدني للرحوم فتحي زغلول باشا .

عقارا بين كون الزارع هو مالك الأرض أو مستأجرها» ^(١) وإذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات ، وصار منقولاً .

ب — المال الذى ينال صفة الثبات بصنع الانسان ، وهو كل منقول جعله الانسان بصفة ثابتة أو مزجه بالأرض حتى صار متصلاً بها ، فيتحول بهذا الصنع إلى عقار ، ومن ذلك الطواحين والسواقي ، ومجارى المياه ^(٢) .

ج — الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كالرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال والسكنى ^(٣) .

د — ما يلحق بالأموال الثابتة من كل منقول خصص لخدمة العقار ، ويشمل هذا القسم نوعين أحدهما الماشية وآلات الزراعة المخصصة بها المملوكة لصاحب الأرض ، وثانيها آلات المعامل ان كانت ملكاً لصاحب العمل ، وهذه المنقولات لا تلحق بالعقار الا في حال واحدة وهى حال الحجز عليها ، فانه لا يجوز الحجز عليها منفردة عن العقار المخصصة له ^(٤) .

١٤ — هذا سرد موجز لما تشمله كلمة العقار فى القانون ، وما يلحق به ، وإذا كان لنا أن نبسّط رأينا فى القانون والشرعية بالنسبة للعقار والمنقول ، ونوازن بينهما فى هذا ، فلا شك أننا نرى رأى القانونيين فى اعتبار كل مال يصير ثابتاً بصنع الانسان ، ويمزج بالأرض مزجاً يعطيه صفة القرار والثبات — من نوع العقار ، لا من نوع المنقول ، وذلك هو نظر المالكية فهم يعتبرون كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء والفراس من العقار ، ويعطونه كل أحكامه .

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسى بك .

(٢) شرح القانون المدنى .

(٣) شرح القانون المدنى .

(٤) شرح القانون المدنى .

العلاقة بين الانسان والمال

§ ١٥ — ذكرنا أن المال لا يعتبر مالا لا يتحول الناس له ؛ لذلك كانت علاقته بالانسان هي التي تعطيه خواصه المالية والشرعية ، ولقد قرر الشارع الاسلامي تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة في المال والانسان ، كالأبوة والبنوة ، والتقدم والتأخر ، فكل هذه أمور نسبية لتعيين النسب بين الأشياء والأشخاص ، فالأبوة والبنوة لتعيين النسبة بين الانسان ومن نشأ منه ، كذلك الملك هو معين للنسبة بين الانسان والمال ، الانسان مالك والمال مملوك .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة تتقارب في مرماها ، وإن اختلفت في مبناها ؛ فعرفه كمال الدين بن الهمام في فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتداء المانع . ومعنى هذا التعريف الموجز أن الملك قدرة الشخص التي لا يستيدها من غيره على التصرف المانع يمنعه من التصرفات ، فالذي يملك التصرف بالنياية عن غيره في شيء لا يعتبر مالكا ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك التصرف ، ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة أو معدومة ، يعتبر مالكا ، وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ، لأن العبرة في وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها .

وعرف القسيمي في الحاوي الملك بأنه الاختصاص الحاجز ؛ ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشئ المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه ، وهذا التعريف لو اتصل بالأول ، وكل أحدهما الآخر لنتج عنهما تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة في القدرة على التصرف ابتداء ، فالتعريف الذي نكونه من الاثنين يكون هكذا : الملك هو الاختصاص

بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعا ، الذى به تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء الا لما نعتق بأهلية الشخص .

١٦ — وقد وجدنا تعريفا قويا للملك فى كتب المالكية نذكره تبعا للمقام ، وتوضيحا للرد ، فقد جاء فى كتاب القروق للقرافى وحاشيته ومهذه « ان الملك هو تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنباية عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة » .

وهذا تعريف واضح ، فهو يبين أن الملك هو التمكن من الانتفاع ، ولكن ذلك التمكن لا يكون الا بسطان من الشارع ، فالشارع فى الحقيقة هو الذى أعطى الانسان الملك بترتيبه على السبب الشرعى ، ولذا جاء فى بعض التعريفات « ان الملك حكم شرعى ، مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكين من يضاف اليه من انتفاعه بالشئ ، وأخذ العوض عنه » (١) .

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين فقهاء الاسلام ؛ لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع لها ، وتقريره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئا عن طبائع الأشياء ولكنه ناشئ عن اذن الشارع ، وجعله السبب منتجا لمسببه شرعا (٢) .

وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها يرمى الى معنى واحد وهو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الانسان والمال ، وجعله مختصا به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعا ، وفى الحدود التى بينها الشرع الحكيم .

١٧ — ولا نريد أن نترك هذا المقام من غير أن نتصدى لنقطة أثارها بعض فقهاء المالكية فى فلسفة الملك وهى : أيرد الملك على الأعيان ، أم يرد على

(١) الفروق للقرافى : الفرق المتمم للثمانين بعد المائة .

(٢) راجع ما كتبه أستاذنا الشيخ احمد ابراهيم بك فى هذا المقام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

المنافع فقط ، ويعنون بذلك أمن ملك عينا يملك ماهيتها وذاتها ومنفعتها أم يملك منفعتها فقط ، أما الذات فليست تحت سلطان الانسان ، ولا تقع في مكنته ؟ الظاهر الذي يرى بآدى الرأى أن الملك يقع على الأعيان اذا كانت الأسباب الشرعية للملك تقتضى امتلاك العين ، ويقع على المنافع اذا كانت الأسباب الشرعية تقصره عليها . ولكن فقهاء المالكية اختلفوا في ذلك ، ففريق منهم قالوا ان الملك ومعناه القدرة على التصرف لا يتجاوز المنافع ويعودها الى جواهر الأشياء وذواتها ، لأن التصرف لا يقع على الذوات ، ولكن يقع على المنافع وعلى أعراض الذات وأحوالها ، فلا يمس جوهرها وماهيتها ، لأن التصرف على ماهيتها يكون بالاحياء أو بالافناء ، وذلك ليس في قدرة الانسان ، انما التصرف الذى في قدرة الانسان هو ما حصر في دائرة المنافع وانتقال العين من يد الى يد ، وتلك لا تمس الذات في شىء من المساس . ويفرقون بين الأسباب التى تبيح الانتفاع فقط ، والأسباب التى تعطى القدرة على التصرفات كلها بأن هذه كالبيع والهبة ونحوها تعطى القدرة على منافع العين الى غير زمن محدود ولا تلزم برد العين ، وأما الأخرى كالاجارة والاعارة والوصية بالمنافع فانها تعطى ملك المنافع الى زمن محدود طال أو قصر وبمدها ترد الأعيان الى مالكي المنفعة ملكا مطلقا ، وكأن المرمى في هذا أن أسباب الملك إما أن تعطى ملك المنافع مطلقا غير مقيد ، فتكون بيعاً أو هبة أو ميراثاً ، وإما أن تعطيه مقيداً بزمن ، وترد العين بمده . ويسمى التصرف إجارة أو إعارة أو وصية بالمنافع .

والخنفية (كما تدل على ذلك ظواهر عبارات الكتاب والفقهاء) على أن الملك يقع على العين في التمليكات المطلقة ويقع على المنفعة في العقود التى تفيد ملكية المنفعة فقط ، وليست ثمرة حاجة الى الفلسفة التى أثارها المازرى من فقهاء المالكية ؛ لأن ذلك كله أمور فرضية اعتبارية ولا جداء في هذا الخلاف .

قابلية الاموال للملك والتمليك

§ ١٨ — الأموال بطبيعتها قابلة للملك والتمليك ، لأنهما الثرة الأولى

لاعتبار الأشياء أموالاً ، والنتيجة الطبيعية للاحراز الذى هو من خواص المال غير المباح المبررة له عما عداه من الأشياء ، وان الاحراز بمعناه الدقيق ان طراً على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع ، وقد علمت مما سبق أن المقدسى يعرف الملك بأنه هو هذا الاختصاص ؛ فإذا كان الاحراز من خواص المال غير المباح وصفاته الملازمة له ، وكانت العلاقة بين الاحراز والملك هو ذلك التلازم كان علينا أن نقول حتماً ان المال قابل للملك بطبيعته وذاته ، وخاصته . غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع ، فيمتنع ورود التصرفات التى تثبت الملكية لأحد الناس عليها ، وتصير بذلك التخصيص غير قابلة للتملك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال . وتشمل تلك نوعين من الأموال : أحدهما ماخصص للمنافع العامة كالأماكن المعدة لحفظ البلاد وحمايتها كالثقلان والحصون والمرافىء ، ومثلها الطرقات العامة والقناطر والجسور المعدة لاجتياز عامة الناس . فهذه الأموال لا تقبل التملك مطلقاً ما دامت مخصصة لمنفعة السكافة^(١) ، فان زالت عنها تلك الصفة عادت الى حالها الأصلية ، وهى قابليتها للملك والتمليك باطلاق .

(ثانيهما) أموال تقبل التملك فى بعض الأحوال وذلك عند وجود مسوغ شرعى من ضرورة ملجئة للتملك ، أو حاجة ماسة دافعة اليه ، أو مصاحبة راجحة . وتلك الأموال هى المقارنات الموقوفة وأموال بيت المال ، فان كليهما لا يسوغ تملكه الا فى الأحوال التى ذكرنا على ما هو مبين فى مواضعه فى كتب الفقه .

وغير هذين النوعين من الأموال قابل للملك والتمليك باطلاق من تقييد .

الملكية العامة والخاصة

§ ١٩ — الملك التام هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها .

(١) راجع مرشد الحيران وكتاب المعاملات المالية لاستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك والفروق للقرافى .

(١) وهو يعطى المالك حق التصرف فى العين ومنافعها بكل التصرفات السائئة شرعا من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التى تسيقها الشريعة الاسلامية ، ولا تتنافى فى أحكامها مع مبادئها وقواعدها .

(٢) ويعطيه أيضا حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع ، ولا بزمان ، ولا بمكان ، ولا بمكان ، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد ولا شرط ؛ لأنه لا سلطان فى العين ولا منفعتها لأحد سواه . ولا قيد يقيد الانتفاع الا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرما دينيا وشرعا ، بأن يكون قد ورد فيه نهى عن صاحب الشرع الشريف ، والدين الحنيف .

(٣) والمالك التام ليس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهى عنده ، بل إنه لا يقبل التقييد بالزمان ، ولا يقبل التقييد بالشروط ؛ فهو إذن مطلق لا يقيد بزمان ولا مكان ولا شرط ، ولذلك كانت العقود التى تقيد التملك ملكا تاما لا تقبل تقييد الملك ، وكل شرط فيه تقييد له يكون منافيا لمقتضاها ، غير ملائم لمعناها ، ولا ينتهى الملك التام الا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك ، أو باليراث ، أو تهلك العين الواقع عليها الملك .

(٤) والمالك ملكا تاما اذا أتلف العين المملوكة له لا يضمن مثلا ، ولا قيمتها ؛ لأنه لا فائدة من هذا الضمان ؛ إذ أنه ان ضمن يضمن لنفسه ، فكأن يده اليمنى تعطى يده اليسرى ، وذلك لا معنى له ؛ لأنه لا يقع فى هذه الحال غرم ولا غارم . وليس معنى ذلك أنه يعفى من كل تبعة لاتفاته ، بل انه مسئول دينيا عما أضاع ، وقد يستحق التعزير على عمله ، وقد يؤدى عمله الى إثبات سفهه أو نقصان عقله ، فيمنع من التصرف فى ماله ، ويتولاه عنه غيره . هذه الأمور الأربعة هى من خواص الملك التام ، نكتفى فى ذكرها بالإيجاز بدل الاطناب .

§ ٢٠ — والمالك الناقص هو ملك أحد الأمرين لا يعدوه ملك لرقبة وحدها من غير منافها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ؛ فهو واقع اما على الرقبة وحدها ، وإما على المنفعة وحدها .

وملك الرقبة وحدها من غير ملك المنفعة يثبت في صورتين ، كلتاهما في الوصية .

(الصورة الأولى) إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أكان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة ، أم مدة حياة الموصى له ، فإنه في مدة حياة الموصى له أو مدة انتفاعه المعينة يكون هو مالكا للمنفعة ، وليس للورثة الا الرقبة وحدها .

(الصورة الثانية) اذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ، ولاخر برقبته ، فان الموصى له بالرقبة يكون مالكا للرقبة وحدها ، في مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء أكانت لها نهاية معلومة أم تنتهي بالموت .

وفي هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتا محدودا بملكية الآخر للمنفعة ، فاذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانهاء مدتها عادت المنفعة الى مالك الرقبة ، وتصير المنافع والرقبة ملكا لصاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكا تاما ؛ واذن فملكية الرقبة تنتهي دائما بملك تام .

٢١ — والأصل في ملك الرقبة وحدها هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة وذلك جائز في مذهب أبى حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة ، وخالف فيه ابن أبى ليلى ، فهو لا يميز الوصية بالمنافع منفصلة عن أعيانها ، واستدل على ذلك بدليلين — أحدهما — أن الوصية بالمنافع وصية بما يصير ملك الوارث ؛ لأن الوصية عقد لا يظهر أثره الا بعد موت الموصى ، وبعد موته تصير الرقبة ملك الورثة والمنفعة تابعة للرقبة ملازمة لها ؛ لا تنفصل عنها ، فمن ملك الرقبة ملكها ، فاذا أوصى بها لانسان كان ذلك إصاء بشيء هو في ملك وارثه عند تنفيذ الوصية ، وتقرير حكمها ، وظهور أثرها ، وذلك لا يجوز في الشريعة .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع لا تجوز الا على اعتبار أنها تشبه الاعارة لأن كلتيهما تمليك للمنافع بغير عوض ، فالمسوغ الوحيد لاجازتها هو هذا التشابه وهو مسوغ يؤدي الى بطلان الوصية بالمنافع ، ويأتى عليها بالنقض ، فان الاعارة

تبطل بموت المير، ولا تثبت بعد موته ساعة من زمان، واذن فهذا المسوغ لا يصح أن يكون مجيزا للوصية بالمنافع، ولا يستطيع أحد أن يفرض مسوغا سواه^(١).

وقد استدلت الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة بأن المنافع يعقد عليها في عقود الاجارة والاعارة وغيرها، ولا شك أن الوصية أوسع قبولا، ولذا صح أن يكون المقود عليه فيها غير موجود عند العقد، وصح العقد فيها مع التعليق والاضافة، فإذا جاز أن تكون المنافع محلا للعقد في العقود الضيقة النطاق التي يبطلها التعليق، فبالأولى تجوز في الوصية وهي من أوسع العقود شمولاً، وأكثرها قبولا للشروط.

وردوا دليل ابن أبي ليلى بأن الوصية بالمنافع تجعلها ملكا مقصودا، فإذا مات الموصى تصل الى الموصى له في الوقت الذي تصل فيه الرقبة الى الوارث؛ لأن كليهما تنال الملك بالخلافة عن المورث، فتصل الرقبة الى الوارث منفصلة عن منافعها، ولا يوجد ما يحد ارادة الموصى في الوصية؛ لأنه ما دام يملك الوصية بثلاث ما يملك، فله الوصية بالمنافع وحدها أو بها مع العين ولا دليل على التقييد والمنع، بل انه ما دام يملك الوصية بالمنافع والنوات، فبالأولى يملك الوصية بأحدها، فإذا أفرد المنافع بالوصية فقد فعل ما هو من ولايته.

وردوا الدليل الثاني بأن الوصية بالمنافع شابهت الاعارة في أن كليهما تمليك بغير عوض، فكان ذلك مسوغا لجواز هذا النوع من الوصايا لهذا المعنى الجامع بينه وبين الاعارة، وإيس معنى ذلك أن يكونا متشابهين من كل الوجوه، وإلا كانا عقدا واحدا، فلا بد إذن أن يختلفا في بعض مشخصاتهما، فالوصية تكون بعد الموت، والعارية تكون حال الحياة، وإيس كون الوصية بعد الموت يمنع أن يسرى عليها الجواز الذي يسرى على العارية المشابهة لها، لأن للانسان أن يتصرف في ثلث ما يملك بعد الوفاة.

هذه أدلة الفريقين سقناها توضيحا للفكرة، وتثبيتا لها، ولكي يكون

(١) راجع في هذا الباعث الجزء السابع.

القارىء على المام بلب الفقه ومعناه؛ فلب الفقه الاستدلال ورد الفروع الى أصولها .
§ ٢٢ — وملك الانتفاع وحده من غير ملك الرقبة يشمل نوعين من الحقوق ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد عقدت كتب المالكية والشافعية فصلا للتفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرافي في كتابه الفروق وخلاصته أن حق الانتفاع هو الاذن للشخص في أن يباشر هو الانتفاع بنفسه فقط كالأذن في الجلوس في المدارس والمساجد ، والأسواق والبيات في المضاي ، ونحو ذلك فلمن أذن له في ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع في حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره في بيت من دار الضيافة .

وتملك المنفعة أن يكون لشخص الحق في أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالأجرة ، أو بغير عوض كالعمارة ، كمن استأجر دارا فله أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، وفي الجملة له أن يتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم بالوجه الذي قيدت به أحكام العقد الذي استحققت بمقتضاه المنفعة .

وعلى ذلك نقول ان حق الانتفاع يثبت بأحد سببين (أحدهما) أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الكافة ، ولا يملكها واحد من الناس ، كالأنهر والترع التي تشقها الدولة ، والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لاحظت فيهم شروطا يجب أن تتحقق كالمدارس ، والمصحات وغير ذلك ، فها يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق انما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

(ثانيهما) الإباحة^(١) فانها تعطى للمباح له حق الانتفاع ، ولا تعطيه

(١) الإباحة أن يأذن شخص في الانتفاع بماله أو امتلاكه لا على وجه التعاقد ، ولا يشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلوما بشخصه أو اسمه ، ومثال ذلك الضيافة العامة والخاصة ، وشر القود في العرس (راجع هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك) .

ملك المنفعة ، فليس له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، كمن يخصص دارا له لا يواء من انقطع بهم الطريق ، ولا مكان يأوون اليه ، فان المنتفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط ، اذ لا يملكون أن يملكوا غيرهم منفعة بعوض أو بغير عوض .

§ ٢٣ — أما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة ، وهى : الوقف ، والوصية ، والاجارة ، والاعارة .

١ — والاعارة لا تسبغ للمنتفع أن ينتفع بطريق الاستغلال بأن يؤجر العين لغيره ، وينال الأجرة ، وذلك لأن من ملك المنافع بغير عوض لا يصح أن يملكها غيره بعوض ، ولأن الاعارة عقد غير لازم ، والاجارة عقد لازم ، فاذا ملك المستعير الاجارة اما أن يقول ان اجارته لازمة ، وعلى ذلك تكون الاعارة أيضا لازمة ؛ لأنها مبنية عليها ، وذلك تغيير لوصفها الشرعى وأثرها الذى اعتبره الشارع مقتضى لها ، واما أن تكون اجارة المستعير غير لازمة ، لأنها بنيت على عقد غير لازم ، وذلك أيضا تغيير لوصف الاجارة الشرعى ، ومقتضاها الذى جعله الشارع أثرا لها ، فالاجارة من المستعير اذن تؤدي حتما الى أحد أمرين كلاهما غير موافق لوصف أحد العقدین ومقتضاء (١) .

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعى ، وأما مذهب مالك رضى الله عنه فهو أن من استعار عينا ، فقد ملك منفعتها ، واذا ملك منفعتها فله الجزية والسلطة المطلقة فى التصرف فيها فى مدة العارية بشرط ألا يضر بالعين ، وعلى ذلك يكون له أن يعير العين وأن يؤجرها (٢) .

ب — والاجارة تسوغ لمن ملك المنفعة بمقتضاها أن ينتفع بنفسه ، وأن ينتفع بطريق الاستغلال ، فله أن يؤجر العين ، ويأخذ أجرتها بشرط ألا تكون

(١) راجع الأشياء والنظائر .

(٢) راجع الفروق للقرافى الجزء الأول . وقد جاء فى تهذيب الفروق : « من شهدت له المادة فى العارية بمدة كانت له تلك المنفعة ملكا على الاطلاق يصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائفة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة ، ويكون تملك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » .

المنفعة المعينة في العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين ، فإذا كانت مما يختلف باختلاف المنتفعين ، ولم يجوز للمؤجر للمنتفع أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، فليس له أن يؤجر أو يعير ، لأنه ان فعل يكون قد فعل غير المتفق عليه ، وهو المنفعة المعالومة في العقد ، ولا شك أن الاجارة لا تعطى من المنافع إلا النوع المتفق عليه ، فتتمليك المنفعة التي تختلف باختلاف المنتفعين من غير اجازة المالك سواء أكان بعوض أم بغير عوض — تمليك غير المتفق عليه أو تمليك ما لا يملك ، وذلك لا يسوغ ولا يجوز من غير إذن المالك .

ج — وأما الوقف والوصية فلمنتفع بسببهما أن ينتفع بالاستغلال أو بالاستعمال ان نص عند انشاءهما على أن له أن ينتفع كيف شاء ، وان نص على واحد منهما ومنع من الآخر كأن ينص على الاستعمال ، ويمنع بالنص من الآخر ، أو العكس ، فليس له الا ما نص عليه ، لأن الشروط التي يذكرها الواقفون أو الموصون في الوقف أو الوصية هي التي تنظم طريق الانتفاع ، وبمقتضاها يتمكن المنتفع منه ، ولذا ورد على أقلام الفقهاء شرط الواقف كنص الشارع ، وذلك كلام سائغ فيما أعطاه الشارع له من حقوق في الوقف ، ومثل ذلك الوصية .

وان نص على الاستغلال وسكت عن الاستعمال من غير اجازة أو منع ، فقد اختلف فقهاء الحنفية ، فريق قال انه يملك الاستعمال والاستغلال ؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغيره بعوض يملكها بالأولى لنفسه ، وليس الاستغلال إلا بأن يملك المنافع لغيره بعوض ، ولأنه لا فرق بين استعماله واستعمال غيره ، بل ان استعماله مظنة الرفق بالعين ، والرعاية لها والحفاظة عليها .

وقال فريق آخر وهم الأكثرون عددا ان من ملك الاستغلال لا يملك الاستعمال ما دام لم ينص عليه ؛ لأن المنتفع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصى ، والذي نص عليه هو الاستغلال فقط ، والاستغلال والاستعمال أمران متغايران ، ووجه الانتفاع متباينان ، فالنص على أحدهما لا يقتضى اجازة الآخر .

ومثل النص على الاستغلال من غير نص على الاستعمال في الحكم الحال التي

يطلق فيها الواقف أو الموصى فلا يذكر استغلالا أو استعمالا ، فانه ينصرف الاطلاق الى الاستغلال ، وكأنه نص عليه من غير ذكر الآخر ، وذلك مبنى على قاعدة أصولية ، وهى أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، وكأنه ذكره ، ففى هذه الحال قد ذكر فى الوصية والوقف الانتفاع مطلقا من غير نص على أحد فردى الانتفاع وهما الاستعمال والاستغلال ولا شك أن الاستغلال أكمل من الاستعمال ؛ لأنه أوسع نطاقا فى التصرفات ؛ فينصرف اطلاق الانتفاع اليه .

واذا نص الواقف أو الموصى على الاستعمال فقط ، ولم يتعرض للاستغلال باجازه أو منع ، فان فقهاء الحنفية مجمعون على أنه لا ينتفع إلا بطريق الاستعمال ، ولا يسوغ له الاستغلال ؛ لأن من ملك حق الاستعمال بمقتضى الوقف أو الوصية قد ملكه بغير بدل فلا يملكه غيره ^{ببطل} ؛ والاستغلال يقتضى ذلك ، فهو اذن لا يجوز ، لأن الملك ببدل أقوى من الملك من غير بدل ، ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى .

٢٤ — والوقف فى مذهب مالك ان كان على السكنى كان معطيا حقا الانتفاع للمستحق ، ولا يكون مملكا للمنفعة ، واذن يكون المنتفع أن ينتفع بنفسه فقط وليس له أن يعبر بالمنفعة لغيره فضلا عن أنه ليس له الاستغلال بوجه من الوجوه ، وهذا نص ما جاء فى الفروق للقرافى : « واذا وقف وقفا على أن يسكن أو على السكنى ولم يزد على ذلك فظاهر اللفظ يقتضى أن الواقف انما ملك للموقف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة ، فليس له أن يؤجره غيره ، ولا يسكنه ، وكذلك اذا صدرت صيغة تحتل تملك الانتفاع أو تملك المنفعة ، وشككنا فى تناولها بالمنفعة قصرنا الوقف على أدنى الرتب ، وهى تملك الانتفاع دون المنفعة ، فان قال فى لفظ : « ينتفع بالعين للموقوفة بجميع أنواع الانتفاع » ، فهذا تصريح بتملك المنفعة ، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية أو الحالية ، فانا نقضى بمقتضى تلك القرائن ، ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب ؛ لأن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها ، والنقل والانتقال على

خلاف الأصل ، ففى شككنا فى رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب ابقاء
للأصل ، وعلى هذه القاعدة مسائل فى المذهب » ، وظاهر من هذه العبارات ،
وعوم الأصل الذى انبثت عليه تكون أحكام الوصية كأحكام الوقف ،
وخلاصة القول فى ذلك أن عبارة الواقف أو الموصى إن أفادت بنصها أو بالقرائن
اللفظية الحالية أنها ملك المنفعة كان للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، وإن أفادت
ملك الانتفاع كان له الاستعمال دون الاستغلال ، وإن كانت العبارة تحتمل أحد
الأمرين حملت على أدنى رتب الانتفاع ، وهى حق الانتفاع فقط ، فيكون له
الاستعمال دون الاستغلال .

وفى مذهب الشافعى وأحمد بن حنبل رضى الله عنهما الوقف والوصية
يملك المنتفع بسببهما المنفعة لا حق الانتفاع ؛ الا اذا نص على أن المنتفع له
حق الانتفاع فقط أو دلت قرائن الأحوال على ذلك ، كالانتفاع بالخانات
والمصحات والمدارس الموقوفة ، فإن المنتفع لا يملك الا حق الانتفاع أما فى غير
هذه الأحوال فيملك المنتفع المنفعة سواء أكان الوقف أو الوصية للسكنى
والاستعمال فقط أم للاستغلال فقط أم لهما فن ملك أحدهما على جهة الاختصاص
ملك الآخر ؛ لأن مقتضى الوقف أو الوصية فى هذه الحال ملك المنفعة ، لا حق
الانتفاع ، وملك المنفعة يعطى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال على ما هو مقرر .

مواص ملك المنفعة وهى الانتفاع

§ ٢٥ — (١) للمنتفع فى ملك المنفعة حق متعلق بالعين ، ولكن العين
ملك لغيره ، وإنما استفاد هو ذلك الحق من مالك العين ، ولذلك كان المنتفع
مطالباً بالحفاظلة على العين للمنتفع بها بحفاظته على ماله ؛ لكى يعيدها الى مالكها
صحيحة سليمة ، وإذا هلكت بفعله أو بتقصيره فى الحفاظة عليها كان ضامناً لصاحبها
قيمتها ان كانت قيمة ومثلاً ان كانت مثلية ، ولا يضمن ان هلكت من غير
تعد أو تقصير فى الحفاظة عليها .

(٢) وملك المنفعة يقبل التضييد بالشروط فى أوجه الانتفاع ، وفى زمان

الانتفاع وفي مكانه ، وهو يخالف بذلك الملك التام ؛ فإنه لا يقبل التقييد بالشرط على ما أسلفنا من القول .

(٣) وملك المنفعة لا يورث ، بل ينتهى بوفاة المالك ، ولا ينتقل لورثته ، وهو بذلك يخالف الملك التام ، وملك الرقبة فانهما يورثان ، وينتقلان بالخلافة الى الوارث . وخالف في ذلك الشافعى فقال ان ملك المنفعة يورث .

ضمان العين المنتفع بها

§ ٣٦ — للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، بل الانتفاع بها باستهلاكها ، وذلك يكون في إعارة بعض الثليات فان الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالبا ، ففي هذه الحال لا ترد ذات العين المنتفع بها بل يرد مثلا ، ويكون عقد العارية في هذه الحال عقد قرض .
(ثانيتهما) أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها ، وفي هذه الحال تكون العين أمانة في يد المنتفع ، فان تلفت من غير تعد ولا تقصير أو تعيبت لذلك لا يضمن شيئا ، لأن يد الأمانة غير ضامنة .

وان تلفت بتعد أو تقصير في الحفظ أو تعيبت ضمن قيمتها أو مثلا عند الهلاك ، وضمن نقصان العيب عند التعيب ، والتعدي يثبت باحدى صورتين (أولاها) أن يتلفها أو يعيبها بعمل مقصود به الاتلاف أو التعيب ، (وثانيتهما) أن يتجاوز الشروط التي قيدها المالك ، أو يتجاوز الأمد الذي عينه له أو يحبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة ، ففي كل هذه الصور يكون المنتفع متعديا وتنقل يده من يد أمانة الى يد ضامنة .

وينتهى ملك المنفعة ، بوفاة مالك العين أو المنتفع كما أشرنا ، وباقضاء المدة التي عين الانتفاع بها وبهلاك الشيء المنتفع ، أو تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها منه ، ومضى انتهى حق الانتفاع والعين الباقية سلمت العين الى مالِكها ، الا اذا كان في تسليمها ضرر على المنتفع ، كأن تنتهى مدة الاجارة ، والزرع بقل لم ينضج ، فانه يترك بأجر المثل ، واذا مات المستأجر والزرع بقل ترك في يد

الوارث بالأجر المسمى ان كانت مدة الاجارة لا تزال باقية لم تنته ، فاذا انتهت كان على الوارث أجر المثل اذا كان الزرع لا يزال بقلا^(١) .

٣٧ — ولم نجد القانون المدني خالف الشريعة في ملك المنفعة مخالفة كبيرة ، وجملة ما خالفها فيه ترجع الى أمور منها :

(١) أن ملك المنفعة ينتقل الى الوارث بعد وفاة مالئها ، اذا كانت لمدة معينة لم تنته المدة ، ومذهب الحنفية غير ذلك ؛ لأن ملك المنفعة فيه لا يورث بل بمجرد وفاة أحد العاقدین في العقد الذى ملكت المنفعة بمقتضاه يفسخ العقد ، وينتهى ملك المنفعة على النحو الذى ذكرناه . ومذهب الشافعى كالقانون المدنى .

(٢) أن القانون المدنى يفرض أن حق المنفعة قد يكون أبديا ، ولكن عقد المنفعة المؤبد لا يكون بين آحاد الناس بعضهم مع بعض ، بل يكون بين الدولة وآحاد الناس . والأصل فى ذلك أن أكثر أراضى مصر كانت معتبرة ملكا للدولة ، ويد الزارع عليها يد مستأجر منتفع ، لا يد مالك للعین ، ولكنه حق دائم غير مقيد ، وينتقل بعد المنتفع الى الورثة الذين أجاز لهم بمقتضى القانون أن يحلوا محل مورثهم . ولكن بعد أن صارت تلك الأراضى التى كانت يد الناس عليها يد منتفع مملوكة ملكا تاما لواضعى اليد عليها بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأهلى ، والأمر العالى الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦^(٢) — بعد هذا أبقى حق الانتفاع الأبدى ؟ ولقد كان ذلك مفروضا فى تلك الأراضى ، التى قد زالت ملكية الدولة عنها ، وأصبحت ملكا تاما لواضعى اليد عليها ، وما تملكه الحكومة من أراض غيرها انما تملكه ملكية خاصة تتصرف فيه على أنها شخص معنوى له ما لكل الأشخاص من تصرفات . لذلك لا نرى أن تلك المنفعة الأبدية (اذا كان ذلك أصلا) باقية الى الآن .

(١) راجع مذكرات المعاملات فى فقه أبى حنيفة التى كتبها بعض أساتذة مدرسة القضاء الشرعى لسنة الثانية من القسم الأول بها . وراجع البدائع فى الاجارة .

(٢) راجع المجموعة المدنية والملكية المقارنة فى مصر للاستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى ، وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحي زغلول باشا .

(٣) أن حقوق مالك المنفعة والعين المنتفع بها أوسع في القانون منها في الشريعة « فلذلك المنفعة في القانون المدني جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله الانتفاع بالشئ مباشرة أو بالواسطة كالأجرة أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك ، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن ، ويرتب عليه حقوق ارتفاق ، وأن يتصرف بالبيع والبدل ، وغير ذلك من التصرفات الجائزة في الملك شرعا » (١).

ونرى من ذلك أن القانون أعطى مالك المنفعة من التصرفات ، وسوغ له من العقود ما لم تسوغه الشريعة ، فالرهن مثلا لا يجوز من المنتفع في الشريعة ، ولكنه يجوز في القانون .

حقوق الارتفاق

§ ٢٨ — حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، ماله غير مالك العقار الأول ، وهو يشبه حق الانتفاع من حيث أنه ليس فيه ملكية تامة للمالك العقار المنتفع ؛ بل أن بعض المؤلفين يعده من أقسام حق الانتفاع (٢) .

وحقوق الارتفاق ثلاثة : حق الشرب ، وحق المسيل ، وحق المرور . وهذه تشملها أحكام عامة ، وتخص كل واحد منها أحكام ، أما العامة ، فهي أنها جميعا ، لا بد لثبوتها من ألا يكون في استعمالها أذى يلحق غيره ، كأن يكون استعمال حق الشرب في سقى أراض واسعة يأخذ ماء كثيرا يضر فيجعل الشركاء في التربة الخاصة ، أو للمنتفعين في التربة العامة أو النهر العام عرضة للحرمان من السقي ، وأخذ نوبتهم ، ففي هذه وأمثالها يمنع الشخص بمقدار ما يزيل الضرر كذلك حق المرور يجعل لك حق المرور الى منزلك أو لزرك من طريق ، بشرط ألا تضر غيرك ، بأن تلقى فيه قاذورات ، أو تعمل ما فيه احتمال الضرر ، كأن تسير بعربتك في غير الجانب المخصص لسيرها من الطريق ، حتى لا تصطدم بعربتها .

(١) العبارة منقولة بالنص تقريبا من شرح القانون .

(٢) راجع كتاب الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك في المعاملات الفرعية المالية .

ويثبت أى حق من حقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أسباب : (أحدها) أن يتعلق الحق بمرتق عام ، فيثبت لكل من يتصل به عقاره حق الارتفاق فيه شرباً ، أو مسيلاً ، أو مروراً ، (ثانيها) الاذن من المالك اذا كان العقار المتعلق به الحق مملوكاً ملكاً خاصاً ؛ فانه بهذا الاذن يصير له حق ارتفاق على عقار الآخر ، (ثالثها) القديم ؛ فاذا وجد أن لعقار على آخر حقاً مقررًا ، حفظ له ذلك الحق ، ما دام لم يعرف وقت حدوثه ، وان علم وقت الحدوث ذلك فان كان مثبتاً لذلك الحق كان للعقار الحق بهذا السبب للثبوت ، وان كان غير مثبت بأن كان سببها باطلاً وعلم ذلك بالبينة حكم ببطلانه ، وفي الجملة القدم مثبت ما لم يقدّم دليل على بطلان السبب الذى اعتمد عليه بعد ثبوت أوليته .

معى الشرب ، والمجرى

§ ٢٩ — والآن نتكلم فى كل حق من هذه الحقوق ، وما يخصه من أحكام ، ولنبدأ بحق الشرب : الشرب فى اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء ، قال الله تعالى عز شأنه « وهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ، وقال تعالى « ونبيهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » .

وفى الشريعة النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، ويقابل حق الشرب الذى خص بسقى الزرع والشجر — حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والانسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك ، والمياه بالنسبة لحق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الاول : الأنهار الكبيرة : وما تفرع عنها من ترع أنشأتها الدولة لمنافع الناس ، ورى أراضيهم ، ولكل انسان أن ينتفع من هذه المياه ، ويشرب منها هو وحيوانه ، ويسقى زرعه وغرسه وينصب عليها الرعى ^(١) ، ويكرى نهرًا منها الى أرضه بشرط ألا يضر ذلك بالعامه ، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير مملوك لأحد ؛ لأن الملك انما يكون بالاستيلاء والقهر والاحراز ، ومياه

(١) الرعى هى ما نسميه الساقية فى عرفنا الحاضر .

هذه الأنهار غير محرزة ولا مقبورة ولا محل استيلاء أحد؛ وفوق ذلك فهذه الأنهار غير مملوكة الرقبة لأحد على الخصوص، فليس ماؤها بملوك، وليست هي بملوكة، ولذا بقى ماؤها على أصل الإباحة، وصار الناس فيه شركاء بمقتضى الشركة الطبيعية في الإباحة، لقوله عليه السلام «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء، والكلأ»^(١)، والنار»، والشركة في هذا الحديث شركة إباحة، فمن سبق إلى شيء منها واستولى عليه، وأحرزه دخل في ملكه؛ ولهذا كله كان لكل انسان فيه حق الشفة والشرب مطلقا من غير قيد إلا قيدها واحدا وهو ألا يترتب على تصرف الانسان ضرر بالعامه؛ لأن الضرر يجب أن يزول^(٢). وقد جاء في البدائع أن من أضر بالنهر أو ما يتفرع منه من مياه عامة فلكل واحد من المسلمين منه؛ لأنه لعمامة المسلمين، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بعدم الضرر.

§ ٣٠ — القسم الثاني: المياه التي تجري مجرى مملوك متتابعا في ملك خاص:

وذلك مثل التهيئات التي يكرهها الناس في مزارعهم لتوصل المياه الى كل أجزائها، والماء في هذه الحالة غير محرز؛ لأن صاحب الأرض لم يستول عليه، ولم يقهره، لأنه يجري متتابعا، فلم يقع في سلطانه، ولكنه يجري في أرض مملوكة له؛ فكان له حق فيه ليس لغيره، ولذا كان حكم هذا الماء أنه يثبت فيه حق الشفة لكل انسان، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا باذن صاحبه.

أما ثبوت حق الشفة: (١) فلأن الماء مازال باقيا على أصل الإباحة، لأن أحدا لم يستول عليه، ولم يحزره، فهو ليس بملوك لأحد فصار لكل انسان أن ينتفع به في الشرب وقضاء حاجاته، وأن يسقى دوابه، وصار كظلي تكس في أرض انسان، فلكل انسان أن يصيده، مادام صاحب الأرض لم يجعلها شركا لصيده، (٢) ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر، (٣) ولأن الحاجة الى الماء تتجدد ساعة بعد ساعة، ومن خرج مهاجرا ضاربا في

(١) الكلأ المباح هو الحشيش الذي ينبت بغيرانبات الانسان.

(٢) قامت للامحة الرى منظمة للارتفاع بماء النيل وترعه العامة تنظيلا يمنع أن يترتب على تصرف المنتفعين ضرر بالكافة.

الأرض لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى أهله ، فيحتاج إلى أن يأخذ من ماء الآبار التي تكون في طريقه لنفسه ودابته . وصاحب الأرض لا ضرر يلحقه من أخذ قدر من الماء لشرب الشخص ودابته ، بينما هذا لو منع منه يلحقه حرج شديد وضرر عظيم ، فكان من المعقول أن يزال هذا الضرر العظيم بأمر لا يضر الآخر ، وإن مسه منه ضرر فهو يسير ، والضرر اليسير يدفع به الضرر الخطير ، وذلك أمر مقرر في الشرع .

وأما عدم إباحة سقي الزرع فلأن في إباحته الحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض ؛ إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذي أجرى للماء في ملكه الخاص ؛ إذ بإباحة الشرب سيكون متساويا مع كل من له أرض تسقى منه ، وبذلك لا يكون له حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التي يجري فيها الماء أوجد لها امتيازاً بذلك الملك الذي قدمه ، ولأن الشرب لأحد للماء الذي يؤخذ فيه ، إذ ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففي إباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، ولا شك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيرا ، لأنه لم تقترب له حقوق أثبتتها ملكية خاصة له ، وعلى هذا لا يثبت الشرب في هذا النوع من المياه إلا بقدم غير معروف أولاً ، أو باذن خاص من المالك .

§ ٣١ — هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : أولها أنه يجب على من يسقى دوابه من ماء يجري في ملك خاص أن يحافظ على حافتي النهر والبئر ؛ لأن الشرط في استعمال الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر ، ولا شك أن تخريب جانبي النهر أو جوانب البئر فيه ضرر كبير بصاحب الملك ، والضرر واجب الإزالة ، ولذا إذا خيف تخريب النهر من كثرة الدواب كان لصاحبه أن يمنعها إذ الحق له بصفة خاصة ، وإنما ثبت لغيره حق الشفة للضرورة ، ولا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه ؛ لأنه بهذا تبطل منفعته ، فيذهب بذلك ماله من حق خاص ، ولا يصح أن يضع الحق الأصلي في سبيل حق ثبت للضرورة دفعا للأذى عن الناس وسدا لحاجاتهم .

وثانيها : أنه إذا كان نبع الماء أو النهر المملوك ملكا خاصا يمكن الوصول إليه بطريق ليس مملوكا ملكا خاصا فعلى المستسقي منه نفسه أو لدوابه أن يسلكه ، وليس له أن يصل إليه من أرض صاحب البئر أو النهر ولهذا أن يمنعه ، لأن دخول أرضه اضرار به ولا ضرورة تدفع إليه ، فلا يصح له أن يجتازها . وإن لم يمكن الوصول الى ماء الجدول أو البئر الا بدخول الأرض ، واضطروا الى أن يشربوا من هذا الماء ، لعدم وجود غيره يقال لصاحب الأرض اما أن تأذن لنا بالدخول ، واما أن تحمل الينا الماء ، فإن لم يفعل دخلوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم ، لأن الضرورة تدفعهم الى هذا الصنيع ؛ إذ هم في حاجة الى الماء ، ولا ماء سوى ما في هذا الجدول أو هذه البئر ، ولا طريق اليه إلا أن يدخلوا أرضه ، وهو متمتع في منعمهم ، والضرورات تسد وتدفع ما دام لا ضرر منها على أحد ، ولا ضرر هنا على صاحب الأرض .

وثالثها : أنه إن منعمهم صاحب البئر أو النهر من أن يشربوا من مائه أو يسقوا دوابهم وكانوا في اضرار الى كانه لم أن يقاتلوه بالسلاح ، (وإن كان الأولى أن يقاتلوه أولا بغير السلاح) ليأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم ، وذلك لما روى من أن قوما وردوا ماء فسالوا أهله أن يدلهم على البئر ، فأبوا . وسألهم أن يعطوهم دلو ، فأبوا فقالوا لهم ان أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع ، فأبوا . فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعت فيهم السلاح . ولأن الماء ما دام غير محرز ، وما دام يجري متتابعا فهو على الاباحة الأصلية ، ولكل انسان حق أخذه والشرب منه ، ومن يمنع أحدا من أخذ ما له حق في أخذه كان له أن يقاتله بالسلاح ، كمن يمنع انسانا من ماله المملوك له ملكا خاصا له أن يقاتله بالسلاح ، حتى يصل الى ماله .

وإذا كانت الشفة تأتي على كل ما في النهر أو البئر من ماء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس له المنع ؛ لأنه غير مملوك له ، فلا يصح أن يمنع أحدا منه ما دام يريد الرى لنفسه ودوابه ولما ورد في ذلك من الآثار التي سقناها .

وقال بعضهم وهم الأكثرون ان له أن يمنع ، لأنه يلحقه ضرر بذلك ، إذ يضيع حقه ؛ لأنهم يأتون على كل الماء ، وحقه أولى بالرعاية لأن الماء يجري في ملكه ، وعلى ذلك تصير الشفة في هذه الحال كالشرب ، بل أولى بالمنع ، لأن ضياع حقه في هذه الحالة محقق ، وهو في الشرب محتمل ، وإذا كان مع الاحتمال منع الشرب ، فعند تحقق الضرر من الشفة تمنع أيضا .

٣٣ — مما ذكرنا يستفاد أن الماء الذي ينبع في ملك خاص لا يقع في ملك أحد ما دام يجري جريا متتابعا ، وذلك باتفاق عند الحنفية ، وعند الحنابلة هو موضع خلاف في الروايات . فرواية تبين أن الماء مملوك لصاحب النبع ، لأن الماء وإن كان مباحا في الأصل قد صار في حيازة شخص ، فصار كالصيد يدخل مكانا أعد له ، ليكون شرك الاصطياد . والأكثرون على أنه غير مملوك . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الحنابلة كسائر الفقهاء على أن لكل انسان أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه ، وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه بغير اذنه ، وقد قال المغنى « لا يحل لصاحبه المنع لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ، ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق ، فمنعه ابن السبيل ، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء . قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الملح . قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : « أن تفعل الخير خير لك » . ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك لذلك ، وإن لم يفضل لم يلزمه » (١) .

§ ٣٣ — القسم الثالث : المياه المحرزة : وهذه المياه تدخل في ملك صاحبها ، لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكا ملكا خاصا لمحرزه ، وققد بذلك ما كان له من صفة الشركة الطبيعية ، وصار بذلك

(١) وذلك هو رأى الأكثرين في مذهب الحنفية كما علمت .

• كالخشب الحرز والحشيش والصيد وغيرها مما كان في أصله مباحا ، ووقع في الملك الخاص بالاستيلاء . ولأن العادة جرت في الأمصار وكل الأعصار باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير تكير ، فكان ذلك دليلا على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعا ، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .

غير أنه يلاحظ أمران : (أحدهما) أن الماء وإن صار ملكا بالاحراز لا تزال فيه شبهة الشركة الطبيعية التي أثبتتها الحديث الصحيح : « الناس شركاء في ثلاثة الماء الخ » لأن تلك الشركة التي نص عليها الحديث ، وإن أزلتها اليد التي ثبتت بالاستيلاء قد بقيت شبهتها ، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء تبلغ قيمته حد النصاب (كأن يكون الماء قد غلا ثمنه لقتله) لا يجب حد السرقة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما وردت بذلك الآثار ، ولا شك أن شبهة بقاء الشركة الطبيعية بالإباحة من هذا النوع الذي يدرأ به الحد .

(ثانيها) أن من يخاف على نفسه الهلاك ، وليس معه ماء فسأل من معه الماء الحرز فنعمه كان له أن يقاتله بغير سلاح حتى يأخذ منه ما يقع به غلته . وذلك إذا كان صاحب الماء معه منه ما يفضل عن حاجته ، أما إذا كان ما معه لا يزيد عن حاجته ، فليس لهذا أن يقاتله ؛ لأن القتال إنما هو لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك آخر هو أولى بالماء منه ؛ لأنه مالك له . وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك أن يقاتل من غير سلاح عند وجود الزيادة في الماء ، ولم يبيع له القتال بالسلاح ؛ لأن الماء في هذه الحال مملوك فصار كالطعام المملوك إذا اضطر شخص إليه ، فلا بد من مراعاة حرمة الملك ، وكان الأصل ألا يقاتله قط احتراما للملكية ، ولكن العطش والجوع الشديدين دفعاه لأن يطلبه ، وأن يقاتل عليه حفظا لنفسه ، فأبيحت المجاهدة في هذا حفظا لنفسه ، وابقاء عليها ، وبقي حمل السلاح على أصل تحريره العام فكان له أن يغالب لينال القوت أو الماء ، ولكن من غير سلاح .

§ ٣٤ — مما سبق يستبين أن حق الشرب يكون في نوعين من المياه : أحدهما الأنهر والترع العامة . والشرب يكون للشخص فيه بلا قيد ولا شرط الا اذا كان في عمله ما يضر ضررا عاما ، أو فيه احتمال ذلك ، وثانيهما المياه التي تجري في مجار مملوكة ملكا خاصا اذا كان لأرضه عليها حق شرب قديم لم يعرف أوله ، أو كان اذن خاص من صاحب النهر ، ويلاحظ ما يأتي :

(١) اذا تعلق حق الشرب بالأنهار العظام والترع العامة فلصاحب الأرض أن يشق الجداول في ملكه لسقي أرضه ان كانت بعيدة عن التربة العامة ، كما له أن ينشئ الرحا لكن ذلك مشروط ألا يضر بالعامة كما بينا ، كأن يفيض الماء في أرضه بكثرة ، بحيث يمنع السفن الجارية من الجريان عليه ، أو ينقطع عن الناس^(١) .

(٢) اذا كان حق الشرب متعلقا بنهر مملوك ملكا خاصا كان لكل من تعلق به حقه في الشرب منه أن يتوزعه بينهم بقسمة عادلة اما بالفتحات يفتحونها منه ، وإما بالتناوبات الزمانية ، وغير ذلك مما يروونه أعدل وأمثل ، وأصلح للزرع ، وأبقى على الثمر .

(٣) وليس لشخص أن يسقي أرضه الى حد أن يسرى الماء الى أرض غيره ، فيضر زرعها ، ويمنعه من حرثها واصلاحها لبذر الحب فيها ، وإذا نزت الأرض بملئها في أرض جاره ، فإن كان سقيه لأرضه فوق المعتاد أو في غير نوبته ضمن ما يحصل من التلف في أرض جاره ؛ لأنه بذلك متعدي ؛ إذ ليس له أن يزيد عما له من حق السقي بالزيادة عن المعتاد أو بالسقي في غير نوبته ، ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من اضرار بغيره ، وأما اذا نزت الأرض بسقي معتاد لا زيادة

(١) جاء في البدائع : سئل أبو يوسف عن نهر مرو ، وهو نهر عظيم . أحيا رجل أرضا كانت مواتا ، فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد ، فساق الماء اليها من ذلك النهر ، فقال أبو يوسف : ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك ، وان كان لا يضرهم فله ذلك ، وليس لهم أن يمنوه .

فيه ، وكان السقى فى نوبته ، فلا يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد فى الاضرار بغيره ،
وشروط وجوب الضمان أن يكون متعديا ولا تعدى هنا ، وان كان هو التسبب ؛
لأن التسبب وحده لا يكفي فى الضمان ما دام العمل مشروعا سائفا ، ألا ترى
أن من يحفر بئرا فى أرضه لا يضمن ما يعطب فيها ، وان كان السبب من جانبه ؛
لأن حفر الانسان بئرا فى أرضه أمر مشروع . ولأننا لو ضمنا صاحب الأرض
التي نزت بالسقى المعتاد فى النوبة لكان فى ذلك منع له من استعمال حقه فى
السقى ؛ لأنه اذا كان كلما سقى ضمن كان ذلك تحريما للسقى عليه ؛ وبهذا
نكون قد دفعنا الضرر عن الجار بضرر المالك ضررا أشد ، وهو صاحب الحق ؛
ولا يصح دفع الأضرار الخاصة باضاعة الحقوق ، والحاق أضرار أشد ، لأن
ذلك ظلم لا يقره شرع .

٣٥ — ويتبع حق الشرب حق المجرى ، لأن حق المجرى معناه أن يكون
لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقى الزرع أو الشجر منه اذا كان مالك
الثانى غير مالك الأول ، وحق المجرى يثبت بالأمر الذى ذكرناها أولا ، فى
الأحكام التى تعم كل حقوق الارتفاق .

ثم ان المجرى الذى فى أرض الغير (١) قد يكون ملك صاحب الأرض
التي تسقى منه ، وان كان يخترق أرض غيره ، (٢) وقد يكون ملك صاحب
الأرض التى اخترقها ، (٣) وقد يكون ملكا مشتركا لكل أصحاب الأرض التى
تحيط بها ، ولكل أحكام ، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق
الى ذلك سبيلا ، ومراعاة العرف ، وبقاء القديم على قدمه فيما لا اثبات فيه
واحترام ما يتفق فيه أصحاب هذه الحقوق ، لأن الاتفاق شرعة للمتعاقدين فيما
لا مورد للنص فيه ، وبشرط ألا يكون فى الاتفاق جهالة تنضى الى التنازع .

وفى الحالة الأولى والثانية وهما اذا كان للانسان مجرى يخترق أرض غيره ،
سواء أكان المجرى ملكه أم له فيها حق الشرب فقط ، وهو ملك لصاحب

الأرض يكون لصاحب حق المجرى حق السقي منه ، وليس لصاحب الأرض أن يمنعه ، والمجرى يعتبر في يد صاحب الشرب منه ما دام يجري فيه ماؤه ، وعلى صاحب الأرض إن أراد أن يمنعه ، ويدعم المنع بحق له — أن يقيم هو الدليل ، لأنه مدع ، وصاحب الماء مدعى عليه . وإن لم يكن ثمة ماء جار في المجرى ، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أنه له حق إجراء الماء إن كان لا يدعى ملكية المجرى ، بل يدعى حق الإجراء فقط ، ويقيم الدليل على الملك إن كان يدعى ملك المجرى ، وإنما كان عليه هو أن يثبت إذا لم يكن في المجرى ماء يجري إليه لأنه في هذه الحال لا يعتبر واضح اليد ، بل يعتبر صاحب العين هو مالك الأرض ، فيعتبر مدعى عليه ، وصاحب الشرب مدعيا ، والاثبات على المدعى ، إذ اليد شاهدة بالملك لصاحبها ، ما لم يقم دليل على تقيض ما تشهد . وإذا احتاج المجرى إلى اصلاح ، لتصل المياه كان الاصلاح على صاحب الماء ، لأن الغرم بالغنم ، وهو الذي ينتفع بالماء فعليه ضمان صلاحية العين التي توصل المياه إليه ، لأن الخراج بالضمان .

٣٦ — وإن كان المجرى ملكا مشتركا لأصحاب الأرض التي تحيط به ، فالقواعد العامة التي تنفرع منها أحكام هذا النوع من المجارى ، هي (١) أنه ليس لواحد من الشركاء أن يتحكم في ماء المجرى حتى يحجزه عن غيره (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تصرفا يضر بحافة المجرى أو يعمل به عملا من شأنه أن يحول طريقه أو يؤثر فيه نفسه ، (٣) وإن ما يتفقون عليه في سبيل تنظيم السقي ، وتوزيع النوبات والمياه تحترم ، واجب التنفيذ . وعلى هذه القواعد تنفرع الأحكام المتشعبة الكثيرة لهذا النوع من المجارى ، ومنها :

١ — أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسكر^(١) المجرى بأن يسد الماء حتى

(١) يقال سكر النهر سكرًا إذا سده حتى لا يذهب الماء إلى من هو أسفل منه ، والاسم منه السكر بكسر السين .

يسقى أرضه ، لأن سد المجرى يمنع الماء عن هو أسفل منه وهو لا يجوز ، ولأن سد المجرى أحداث شيء لم يكن في وسط المجرى ورقبته ، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء ، اذ هم شركاء في الرقبة ، والشركاء في عين من الأعيان لا يعمل أحدهم فيها عملا إلا باذن سائرهم .

ولكنهم ان تراضوا على أن يسكر كل واحد في نوبته ، نفذ ما تراضوا عليه ، وكذلك إن أجازوا لأحدهم أن يسكر في نوبته خاصة ، اذا كانت أرضه بربرة بحيث لا تصل للمياه إليها إلا إذا سكر المجرى ، لأن الحق لهم ، وقد أجازوه ، ولأن في ذلك دفع الضرر عنه ، لأنه لا يستطيع السقي إلا بذلك .

ب — أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسقى من المجرى مجرى صغيرا أو ينصب عليه رحا^(١) ، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التي من شأنها أن تؤثر في عين المجرى ، أو تنقص مياهه بحيث تؤثر في أنصبه سواء ، ولو كانت الرحا في أرضه ، ولا تشتف ماء النهر ، أو تنقصه بحيث تضر بغيره من الخلطاء ، فليس لأحد منعه ، لأنه يتصرف في ملكه الخاص ، وليس في تصرفه ضرر بين يلحق بغيره ، ومن يمنعه في هذه الحال ومع بقاء الماء يصل إليه بلا ضرر — متعنت قاصد الأضرار ، فلا يلتفت إلى اعتراضه ، لأنه ليس له من الحق إلا دفع الضرر عن نفسه ، أو منع الغير من التصرف في ملكه ولا شيء من ذلك هنا .

ج — أن الشركاء إن اتفقوا على نوبات زمانية بحيث يكون لكل نوبته يسقى فيها وحده نفذ ذلك الاتفاق ، وكان لكل منهم شربه المعلوم ، وزمنه الحدود ، وليس لأحد أن يسقى في شرب غيره إلا بالرضا ، وإن اختصما ، ولم يتفقوا على طريق للسقي ، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب في النهر ، ولا بينة لأحدهم على مقدار ما يستحق ، حكمت الأراضى وقسمت المياه بالنوبات بينهم على حسب مقدار أراضيتهم لا على حسب عدد رؤوسهم ، وذلك لأن المقصود سقى الأراضى ، والحاجة إلى ذلك تختلف بقاء الأراضى وكثرتها ،

(١) الرحا المراد بها هنا الساقية .

والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بمقدار أرضه ، وبقدر حاجته وهذا الظاهر يؤخذ به ، وله احترامه عند التقاضى ، ما لم تقم الأدلة على تقيضه ولأن حق الملك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر فى الاستيلاء على الماء للسقى والماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة ؛ لأنه لا يمكن أن يقع فى قبضة أحد وهو ماء جار . وإنما يكون اثبات اليد عليه فى هذه الحال بالانتفاع به بالسقى وهذا الانتفاع يتفاوت بتفاوت مقادير الأراضى ، فتتفاوت اليد عليه تبعاً لذلك وعلى ذلك يوزع الماء على حسب مقادير الأراضى ما لم يقم دليل يثبت غيره .

اصلاح الأنهر والمساقي

٣٧ — اصلاح الأنهر العظام والترع العامة على بيت المال ^(١) لأن منافع هذه الترع ، وتلك الأنهر للكافة ، ومال بيت المال معد لمصالحهم فكان الاتفاق على اصلاح هذه الأنهر والترع منه .

وإذا كان بيت المال خالياً من المال ، كأن تكون الدولة فى ضائقة مالية وزادت نفقاتها على مواردها ، والسيول قد طم ، وجسور النهر أو الترع تحتاج إلى التقوية ، حتى لا يهلك الزرع والنسل ، وفى هذه الحال يكون لولى الأمر أن يجبر الناس على الإصلاح ، لأن تركها من غير اصلاح ضرر عظيم ، وولى الأمر قد نصب راعياً لمصالح المسلمين ، ناظراً لمنافعهم ، وبعيداً أن يفعل الناس ما عليهم طائمين ، لأنه قلما ينفق العوام على مصالحهم مختارين ، ولقد قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ، فكان من المصلحة والسياسة الشرعية إجبارهم .

وطريقة الاجبار هى أن يجبر القادرين المطيقين على العمل ، ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل ، لأنه لا سخرة فى الاسلام ، ومثل ذلك تجبيز الجيوش فى حال الخطر الداهم ، فانه يكون العمل على من يعطون الجهاد بأنفسهم ، والاتفاق على مياسير الأمة ، ويكون كل قد أسهم فى الجهاد هؤلاء بأموالهم ، وأولئك بأنفسهم ، ولكل فضل .

(١) يقوم مقام بيت المال الآن وزارة المالية .

٣٨ — وإذا كان النهر مملوكا لواحد أو لجماعة فإصلاحه على كل من له شرب فيه ؛ لأن منفعته لهم على الخصوص ، فثبوتة الإصلاح عليهم ، لأن الغرم بالغنم ، وقد غنموا منافعهم ، فحق عليهم الغرم في سبيله ؛ ومن أبي منهم أجبر ، وإذا امتنع كل الشركاء في شرب مجرى مملوك لهم عن الإصلاح لا يجبرهم أحد ؛ لأنهم أصحاب الحق فيه ، والضرر اللاحق بهم بسبب من جانبهم ، وهم أحرار ما دام الضرر لا يتجاوزهم إلى غيرهم .

٣٩ — ولتوزيع تكاليف الإصلاح على الشركاء في شرب خاص طريقتان : أحدهما طريقة أبي حنيفة رضى الله عنه ، وهى أن يبدأ في الجزء الأعلى الذى يسقى منه أعلى الشركاء أرضا فيصالح هذا الجزء ، وتكون مثنوة إصلاحه عليهم جميعا بنسبة ما لهم من مقادير الشرب^(١) ، فإذا أصلح هذا الجزء وانتقل الإصلاح إلى غيره ، لم يكن على صاحب الأرض العليا مثنوة في إصلاح ما دونه ، وهكذا لا يكون صاحب أرض من مثنوة الإصلاح إلا لما فوق أرضه وما يقابلها ، وليس عليه من مثنوة إصلاح ما هو أسفل من أرضه شيء . ووجهة نظر أبي حنيفة في ذلك أن مثنوة الكرى هى مثنوة الانتفاع بسقى الزرع والشجر ، والشخص لا ينتفع من المجرى إلا بالجزء الذى يقابل أرضه ، وما هو أعلى منه ، ولا ينتفع من المجرى بما هو أسفل من أرضه ، وعلى ذلك لا يكون عليه من مثنوة إصلاح الأسفل شيء مطلقا .

والطريقة الثانية ، طريقة الصاحبين هى أن توزع التكاليف عليهم جميعا بنسبة مقادير شربهم ، وهم في ذلك سواء لا تميز لصاحب الأرض العليا على الأرض السفلى ، لأن كل واحد منهم ينتفع بالمجرى كله أعلاه وأسفله ، ومنفعة صاحب العليا بأسفل المجرى واضح بين ، لأنه يحتاج إلى إرسال الماء الزائد عن حاجته ، إذ لو استمر واقفا ، مع تدافع موره ، فاض الماء على أرضه ، وأفسد زرعه ، وهذا وجه خطير من أوجه انتفاع الأعلى بأسفل المجرى ، فكان عليه

(١) سواء أكانت المقادير تبين بالتوبات أم بعدد الفتحات اللازمة لصربه ، أم بهما .

من اصلاحه قدر معلوم ، ولذا يكون الجميع سواء ، ولا تفرقة إلا بمقادير الحصص في الشرب .

٤٠ — وليس على أهل الشفة شيء من الاصلاح ، وذلك لأن المقصود الأول من حفر الأنهار وكرهها ، سقى الأراضي لينبت الزرع ، وتثمر الأشجار وحق الشفة يجيء بالتبعية ، لا بالقصد الأول ، والاصلاح انما يكون على من ينالون النفع المقصود ، لا النفع التبعي . ولأن من لهم حق الشفة لا يحصون عددا ولا طريقة لعدم ، لأن كل من يمر بهذا الماء سواء أكان مسافراً أم مقبلاً له أن يشرب ويسقى دابته ، ويأخذ ما تلزمه به حاجته من الماء . ولا مؤونة على من لا يحصون لأن وجوبها إنما يكون على أشخاص معينين بالذات .

حق المسيل

§ ٤١ — حق المسيل ، هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلاً من البيوت أم ماء أمطار ، أم ماء غير صالح لرى الأراضي الزراعية ، ومن المصلحة تسهيله ، وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (١) حق مرور مياه الأمطار بارسالها من ميازيبها في الطريق العام أو الخاص أو بمرورها في ملك الجار ان كانت لا تصل الى الطريق أو المسيل العام الا بمسيل في ملك الجار^(١) ، ويثبت ذلك الحق بالتقدم أو باذن المالك . (ب) ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة على فضلات البيوت في المجارى العامة ، لأن ذلك من تسهيل الماء غير الصالح . (ج) كما يعتبر من حق المسيل حق تصريف المياه التي لا تستفيد منها الأراضي ليحل محلها مياه صالحة . وإذا ثبت حق المسيل لعقار على عقار آخر استمر ثابتاً حتى يسقطه صاحب العقار المرتفق ، وإذا سقط لا يعود كسائر حقوق الارتفاق لما هو مقرر من القواعد الفقهية وهو أن الساقط لا يعود ، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفة العقار من بستان

(١) كان يحصل في المدن القديمة أن يسيل شخص ماء المطر النازل على داره من سطح جاره ويكون له على سطح داره حق المسيل ، ولعل ذلك لا زال في المدن الاسلامية التي تكثر فيها الأمطار والثورج .

الى دار^(١) ، أو من خربة الى عامرة . وإذا حصل خلل في المسيل الخاص ، فاصلاحه على من لهم حق المسيل فيه ، لأنهم المنتفعون فعليهم الاصلاح ، وإذا كان اصلاح المسيل لا يكون الا بالدخول في أرض من يجرى المسيل في أرضه أو في داره كان له أن يدخل الأرض للاصلاح ، فان منعه صاحبه من الدخول كان له أن يلزمه عن طريق القضاء بأحد أمرين : إما أن يقوم باصلاح المسيل ، وإما يمكنه من اصلاحه .

وإذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل ، وصار مصدر أذى ، وضرر لغيره ، ألزمه القضاء باصلاحه ، ليدفع الضرر ، ويميط الأذى .

٤١٨ — حق المرور : وهو أن يكون للشخص الحق في الوصول الى عقاره وحده أو معه دوابه ، وقد يكون الطريق الموصل لعقار مملوكا له ، وقد يكون غير مملوك له ، ويكون له حق المرور فيه .

وحق المرور من الطريق العام ثابت لكل إنسان ، ومقرر لكل عقار متصل به باطلاق ، ولكل أن يمر من هذا الطريق بلا قيد ولا شرط ، ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح بابا لعقاره فيه من غير قيد ولا شرط أيضا . وذلك لأن الطريق قد خصص لمنفعة الكافة ، فليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين ، وليس لأحد فيه حق على جهة الخصوص ، وإذا كان كذلك فلا يمنع من الارتفاق به أحد ما دام يرتفق في الدائرة التي خصص لها الطريق .

ولأن الطريق العام قد رُصد لارتفاق العموم لم يصح لأحد أن يحدث فيه دكانا أو ظلة أو جرسنا^(٢) إذا ترتب على ذلك ضرر بالعامة . ولذا قال شمس الأئمة « ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك ، فان

(١) جاء في جواهر الفتاوى : « رجل له ميزاب في بستان فباع صاحب البستان بستانه ، فبطل المشتري البستان دارا ليس له أن يبطل حق المسيل ، لأن حقه لا يبطل بمجرد البستان دارا » .

(٢) الجرس كلمة معربة يقصد بها الخارجة التي تبنى على جزء من هواء الطريق أو هو الطنف (البلكون) .

كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له أحداثه فيه ما لم يمنع منه ، لأن الانتفاع في الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذلك كل ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه ، وإذا أضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » وهذا نظير من عليه الدين ، فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه صاحبه ، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره ، وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز أن لم يضر بأحد ، وإن أضر لم يجرز ^(١) .

ومن هذا النص يفهم أن الرجل له أن يحدث في الطريق ما لم يضر بالمرور فيه وما لم يمنع منه ، فإذا منع منه لم يسع له ذلك ، وضرب لنا مثلاً بالمدن إذا لم يطالب . ولكن من الذي له أن يمنعه ويعترض على تصرفه ، ويخاصمه فيه ؟ قال أبو حنيفة لكل أحد من الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه رفع ما وضعه إن كان قد وضع شيئاً ، سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأنه يكون في هذه الحال قد افتات على الإمام ، واعتدى على حق ولى الأمر ، لأن تدبير الأمور التي تتعلق بالكافة وإجازة غير الضار ، ومنع الضار لولى الأمر وحده ، فمن فعل من غير أذنه في الطريق شيئاً فقد افتات عليه ، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه .

وقال أبو يوسف رضى الله عنه لكل واحد من الناس أن يمنعه من الوضع قبله فإذا وضع ما ليس فيه ضرر بأحد ليس لكل واحد منعه ، ولو وضع بغير إذن الإمام ، وذلك لأن الوضع جعل له يدا خاصة على ما وضع عليه ، فالذى يمنعه ويخاصمه من الناس متعنت ما دام لا يدفع أذى ناله أو نال غيره . والمتعنت لا يلتفت إليه . وأما قبل الوضع فإن مر يد أحداث شيء في الطريق من ظلة ونحوها إنما يريد وضع يده الخاصة على ما هو تحت يد الناس كافة ، فكان لكل واحد منعه من هذا الوضع قبل أن تكون له يد خاصة .

وقال محمد ليس لكل واحد منعه لا قبل الوضع ولا بعده ، أذن الإمام له

(١) راجع الزيلعى فى باب ما يحدته الرجل فى الطريق .

أو لم يأذن ، لأن العمل ما دام لا ضرر فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعا ، سواء أذن الامام أم لم يأذن ؛ وما دام الفعل مأذونا فيه شرعا ، فليس لأحد منعه ؛ لأنه اذا كان المنع غير سائغ عند اذن ولى الأمر ، فبالأولى يكون غير سائغ عند اذن الشارع ؛ لأن اذن الشارع أخرى وولايته أقوى .

ورأى أبي حنيفة في نظري هو أوجه هذه الآراء دليلا ، وأسدها نظرا ؛ لأنه لا مقياس يعين الضرر وعدم الضرر الا اذن الامام ، فيجب أن يمنع الشخص ما دام الامام لم يأذن ، ويتولى المنع جمهور المسلمين وأهل الحسبة ؛ ليكون ثمة تعاون على تنظيم الأمور . وما قاله محمد رضى الله عنه قائم على أساس أنه لا ضرر ، فهو مأذون فيه شرعا . وذلك كلام فيه نظر (١) لأنه لا يعلم أن فيه ضررا أو لا الا يتقدير ولى الأمر لأن مقياس الضرر أو نفيه تقدير الامام ، وليس هوى المرتفق (٢) ولأن اذن الشارع فى الانتفاع إنما هو بالمرور فقط برصد ولى الأمر هذا المقار للطريق العام فاستعماله لغير المرور استعمال فى غير ما خصص له ، ويحتاج الانتفاع بغيره الى اذن جديد من ولى الأمر ليسوغ هذا الاستعمال ، ولا يعتبر الشارع قد أذن ، حتى يأذن الامام .

وكذلك رأى أبي يوسف يقوم على أساس فيه نظر أيضا ؛ لأن اليد الخاصة التى أثبتتها الوضع ليست يدا محترمة بل هى يد باطلة ، لأن الشخص ارتفق بشئ فى غير ما خصص له ما دام الامام لم يأذن ، واليد الباطلة لذوى الشأن إزالتها ، وكل الناس فى هذا ذوو شأن (١).

§ ٤٣ — أما الطريق الخاص ، وهو ما كان بين جماعة مخصوصين . فالإرتفاق به خاص بأهله ، فلم وحدهم حق فتح الأبواب فيه ، وليس لأحد سوام أن يفتح باب عقاره فيه ، اذا كان باب عقاره من طريق آخر ، الا ياذن منهم ، أو وجود قديم لا يعرف الجيران أوله ، ولو كان قد أغلق بابه على هذا الطريق ،

(١) والمعمول به الآن أن أى ارتفاق فى الطريق العام بغير المرور يحتاج الى ترخيص خاص من أولى الأمر . فكل ما يسير بمقتضى مذهب أبى حنيفة .

لا يسقط حقه ، بل له ولبن يملك العقار من بعده أن يعيد فتح ذلك الباب الذى كان قد أقفله صاحبه^(١) .

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لا يكون الا باذن أهله أو وجود قدم — قد قرروا أن للسامية أن يمروا منه ، ويسيروا فيه إذا ازدحم الطريق العام ، فبهذا كان للكافة ارتفاق بهذا المعنى ، وفى هذه الحدود .

ولا يصح لأحد أن يحدث شيئاً فى الطريق الخاص بنحو ظلة أو جرسن أو غير ذلك إلا باذن المرتقبين به الارتفاق الخاص ؛ لأنه كالمالك المشترك بينهم . فليس لأحدهم ، أن يحدث فيه شيئاً إلا باذنهم جميعاً ، ولذلك يعتبرون شركاء فى الحقوق وبهذا الاعتبار تجب الشفعة بينهم ، والتصرف فى الملك المشترك لا يجوز الا باتفاق الشركاء ، ما دام ذلك التصرف على غير الارتفاق الخاص الذى أوجدته هذه الشركة .

ولكن ليس لأهل طريق خاص أن يتفقوا فيما بينهم على سبده وإزالته لأن للكافة حقاً فيه ، وهو حق مرورهم عندما تزدحم الطرق ، وتضيق بالسير فيها لأمر عارض أو بشكل دائم . ولهذا الحق احترامه ، ووجوب مراعاته ، وفى إزالة الطريق الخاص باتفاق أهله إهدار له ، وذلك لا يجوز . ولذا جاء فى جامع الفصولين مانصه : « ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ، ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه ، ولو كانت ملكاً ظاهراً لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق وهو أنه إذا ازدحم الناس فى الطريق ، لهم أن يدخلوها ، حتى يخف الزحام . وقال أبو حنيفة فى سكة لاتنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ، ولا أن يقسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثرت الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام » .

(١) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ، ونصها : « إذا سد أحد بابيه الذى هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده إياه ، فيجوز له ولبن اشترى منه أن يفتحه ثانياً » وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العبادية فى باب الحيطان .

التصرف في حقوق الارتفاق

٤٤ — اتفقت كلمة قضاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للعقار ؛ لأن الورثة خلفاء للميت في كل ما يملك من مال وما يتصل بهذا المال من حقوق ، ففسرى اليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت اليهم ملكية الأعيان . وفي عبارات كتب الحنفية ما يفيد أن هذه الحقوق منفردة تنتقل بالميراث الى الورثة ، كما انتقلت تابعة للعقار ، فقد جاء في باب الشرب في الكنز وشرحه : « ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ولا يوهب » والفرق أن الورثة خلفاء للميت ، فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكة ، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تملكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والحجر » وهذا التعليل بالنسبة للميراث ينطبق تمام الانطباق على سائر حقوق الارتفاق ، وقد جاء في البدائع « وتورثه (الشرب) ؛ لأن الارث لا يقف على الملك لا بحالة ، بل يثبت في حق الملك ، كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحوه » . وهذا أيضا يسرى في سائر حقوق الارتفاق كما سرى في البيع ، وترى مثل هذه النصوص في الكتب الفقهية التي تعنى بالتعليل ، ورد المسائل الى أصولها ، والأحكام الى أسبابها كالهداية وغيرها من أمهات كتب المذهب . ومنها يستفاد أنها تورث تابعة للعقار ومنفردة ، ولم أعر على نص يمنع سريان تلك العلة ، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالنسبة للميراث .

ويصح أن يوصى بمنافع الشرب المملوكة رقبته الموصى ، ويكون ذلك من باب الوصية بالمنافع ، وهي سائفة في المذهب الحنفي ، وخالف في ذلك ابن أبي ليلى على نحو ما علمت ، ولأنه وصية بالانتفاع صار كالوصية بالسكنى وكان لا بد من تعيين الموصى له ، فإذا مات الموصى ملك الموصى له منفعة الشرب ، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك منفعة في هذه الحالة ، وملك المنفعة لا يكون الا في حياة المنتفع ، ولذا جاء في البدائع ما نصه : « ويوصى به (أى بالشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شرهه جازت الوصية ، وتعتبر من

الثالث ، لأن الوصية ، وإن كانت تمليكاً ، لكنها تملك بعد الموت ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال ، وإنما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث فإذا احتل الارث احتل الوصية التي هي أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثاً فكذلك الوصية بالشرب ، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ، لأنه لما لم يحتمل التملك بالتصدق ، استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية « ومن هذا يفهم أن الوصية بمنافع الشرب المملوكة رقبته جازت لأنها وصية بالمنافع ، اذ يقول هو شبه الخدمة ، وفيه كل خواص الوصية بالمنافع ، بدليل أن ملك المنفعة بالشرب تنتهي بوفاة الموصى له ، ولذلك لا يعد في نظري ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل الانتفاع الشخصي ، لأن ما يملكه ليس حقاً مقررًا لعقاره على العقار الآخر بحيث ينتقل مع العقار اذا باعه أو وهبه أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصي له ، ينتهي بموته ولا ينتقل الى غيره ، ولهذا لا نستطيع أن نقول انه بسبب تلك الوصية يكون حق ارتفاق على شرب الموصى ، بل له حق انتفاع فيه .

٤٥ — وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب ، والطريق ، والمسيل لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار ، لاجالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه بيعاً صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط ، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهة وللقرر ، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه في هذه الحال ، لأنه مبيع معلوم المقدار ، محدود بالجهات ، فلا مانع من بيعه ومثل البيع في هذا كله العقود التي من شأنها نقل الملكية ، كالهبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقبة لاتعدو التصرف في عقار مملوك ملكاً خاصاً ، محدود معلوم المقدار .

وأما بيع حق الشرب والطريق والمسيل منفردا ، فتختلف فيه بعض تلك الحقوق عن بعضها الآخر ، فالمسيل باتفاق الروايات في مذهب أبي حنيفة لا يصح بيعه منفردا عن العقار ؛ لأن الأصل في الحقوق أنها لا ترد عليها التصرفات الشرعية منفردة ؛ ولأن بيعها مع ما فيها من جهالة لمقدار الارتفاق عقد على مجهول ، فلا يصح ، بل إن العقد عليها عقد على ما هو معدوم في الحال ، والمعدوم لا يصلح محلا للعقد الا على مخالفة للقياس ، ومخالفة القياس تكون بنص مسوغ للمخالفة ، أو عرف دافع الى استحسان ترك القياس ؛ ولا نص ولا عرف في هذا المقام يترك القياس لأجله في المسيل فبقى على الأصل وهو عدم جواز بيعه منفردا .

وأما بيع حق الشرب منفردا ، فقد اختلفت الروايات في مذهب أبي حنيفة فيه ففي ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التي ذكرنا في عدم صحة بيع المسيل منفردا إذ هي قائمة هنا في حق الشرب ، وذلك كلام معقول ، لأن حق المسيل والشرب كلاهما ليس مالا متقوما في نظر الحنفية على ما بينا في حقيقة التقوم وعدمه عندهم ، فانساق منطق المذهب كان يقضى بتساويهما . والرواية الثانية تقول إن بيع الشرب منفردا يصح . وبهذه الرواية أخذ أهل بلخ ، وذلك لأنهم تعارفوه واستساغوا بيعه ، ولا شك أن العرف يجيز مخالفة القياس والقواعد الفقهية ، لأن ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن ، ولأنه مقدار من الماء منتفع به ولو أنه غير معلوم ، فجاز ورود العقد عليه ، وهو بهذا يفترق عن حق المسيل والمرور ، ولذا جاز ضمانه عند بعض الفقهاء وفي بعض الروايات ، ففي رواية نخر الاسلام البزدوى ، أن حق الشرب يضمن بأن يضمن أن يسقى الشخص في نوبته ودوره . وأهل الرأي الأول يردون كل هذا ، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوغا لمخالفة القياس انما العرف المسوغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين حتى يكون قريبا من الاجماع كالحال في الاستصناع والسلم والاجارة في نظر الحنفية ؟ وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملازمة لمن

لا يرى رأيهم إنما الالتزام بالالتزام ، والالتزام بالرأى بقبول نتائجه ممن يراه ، لا ممن لا يراه ، فيلزم بنتيجة الضمان ، وهو جواز البيع منفردا من رأى الضمان ، فلا يكون الضمان حجة على من لا يراه ، وهم أكثر الفقهاء . وأما الحكم بأنه مقدار من الماء فكلام غير منتج وغير مسوغ للبيع ، لأنه أولا غير معلوم ، والبيع لا يرد على غير معلوم ، وثانيا ليس بمملوك لصاحب الشرب ؛ لأن الماء الذى يجرى جريا متتابعا لا يعتبر مملوكا لأحد على ما قررنا ، وبيع ما لا يملك لا يصح . ألا ترى أنه مباح بدليل تعلق حق الشفة به بلا اذن مالك المجرى ، والمباح لا يكون محلا للعقود قبل احرازه . ولذلك كله كان الراجح عند فقهاء الحنفية عدم صحة البيع منفردا ؛ ولكن لو تعارف الناس جميعا جواز البيع منفردا لساغ ، ولكان قولنا راجحا .

وأما بيع حق الطريق منفردا فقيه روايتان أيضا رواية الزيادات بجواز بيعه ورواية ظاهر الرواية بالمنع وهو الراجح لما ذكرنا من الأسباب السابقة في حق المسيل ، ووجه الرواية المجيزة أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم محدود فجاز بيعه ، ولكن ذلك لا يدفع أنه ليس بمال متقوم في نظر الحنفية ، والعقد لا يجوز في غير المتقوم ؛ لأنه لا يصلح محلا للعقود على ما أسلفنا . واننا نقول فيه ما قلناه في الشرب انه ان وجد عرف الناس لسوغنا البيع ، ولرجحنا الرواية الأولى .

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عقود التملكيات كما أشرنا ، سواء أكانت تملكيات للأعيان أم للمنافع ، فهبة حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا يجوز في الجملة .

٤٦٨ — وما ذكرناه كله إنما هو في بيع حقوق الارتفاق منفردة أما بيعها تابعة للعقار المرتفق بها فجاز باتفاق ، وكذلك كل تصرف في العقار يصح أن تدخل في ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية ، وذلك لأنه يثبت للشيء تبع ما لا يثبت له مقصودا ، كجذع في سقف لا يصح بيعه منفردا عن السقف ما دام فيه ، واسكن يباع في ضمن البيت الذى هو فيه ، وكأطراف الحيوان لا ينعقد عليها بيع وهو

حتى ، ولكن يثبت عليها البيع وهي أجزاء فيه ، وكالحل لا يصح العقد عليه منفردا وهو في بطن أمه ، ولكن يدخل في ضمن عقود التملكات ويزيد في قيمة أمه ، ونظير ذلك في الفقه الاسلامي كثير ، قد تجاوز الحساب والاحصاء .

ولكن العقود تختلف من حيث وجوب النص على ذكر الحقوق لتدخل تابعة للعقار ، فبعضها تدخل فيه هذه الحقوق من غير نص عليها ، وبعضها لا تدخل فيه الا بنص عليها . فأما الأولى فهي العقود التي يكون من مقتضاها تملك المنفعة تملكاً مقصوداً بالذات كالأجارة والوقف والوصية بالمنافع ، وأما الثانية فالعقود التي مقتضاها تملك العين تملكاً مقصوداً ، مثل البيع ، والهبة ، والصدقة والوصية بتمليك الأعيان ، وجعل العقار بدل خلع ، أو بدل صلح أو نحو ذلك وإنما كان لا بد من ذكر هذه الحقوق في عقود التملكات ، ولا تدخل من غير نص يشملها كذكر كلمة الحقوق والمرافق ، لأن هذه العقود المقصود بها قصداً أولياً بتمليك الرقبة ، وملك الرقبة في ذاته لا يحتاج الى هذه الحقوق ، وليست هي تابعة له ، لأنها مرافق الانتفاع ، لذلك كانت لا تدخل في البيع من غير نص عليها . وقد قال في هذا المقام الزيلعي في شرحه للكنز « ان هذه الأشياء (أي حقوق الارتفاق) تابعة من وجه من حيث أنها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها ، وأصل من وجه من حيث انها يتصور وجودها دون المبيع ، فلا تدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق ، وهذا لأنه قد يشتري المبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به ، وقد يشتري الطريق بعد ما اشتري المبيع » .

وأما العقود التي يكون الانتفاع فيها هو الغرض المقصود لحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار ومحضة فيها للتبعية له ؛ لأن الانتفاع لا يكون الا بحقوق الارتفاق فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء ، وكأن العقد مشتمل عليها من غير نص يشملها ؛ ولذا لو نص في عقد الاجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد ، لأن المنفعة ، وهي العقود عليه فيه تكون غير متحققة وغير ثابتة ، ويكون قد عقد على أمر غير قابل للوجود ، فلا يصح .

حقوق الجوار

§ ٤٧ — اعتبر القانون المدني حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق ، فاعتبر فتح المطات ، وحق العلو والسفل ، وإيجاد فضاء بين الأبنية ، وأحكام الجدار المشترك بين جارين ، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق . ولكن الفقه الاسلامي يفرق بين هذين النوعين من الحقوق ؛ لأن لكل منهما أساسا يقوم عليه يختلف عن الآخر ، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفا على العقار لمصلحة العقار المرتفق ، فهي حق عيني ثابت على العقار . وهو من نوع الشركة في العين التي تعلق بها الارتفاق ، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب ، وكذا إذا كان لعقارات حق المرور من طريق كانت بين الملاك شركة في حق المرور ، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطريق ، والآخر لعقاراتهم حق الارتفاق به ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ويكون مناطها تلك الشركة .

أما حقوق الجوار ، فتقوم على منع الضرر بالجوار ضررا يبيح فاحشا في سبيل انتفاع الشخص بملكه ، فهي في الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيده أن لا يضر بالجوار ، وبعبارة موجزة أن الفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار أن حق الارتفاق حق إيجابي متعلق بالعقار ، أما حق الجوار فحق سلبي ليس إلا منعا للضرر ، واماطة للأذى ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ولذا يتأخر الحق فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق .

§ ٤٨ — وحقوق الجوار إما أن يكون منشؤها الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل ، وإما أن يكون منشؤها الجوار المطلق . فإذا كان منشؤها ما بين صاحب العلو والسفل كانت أقوى وأشد ، ولذلك أجمع الفقهاء على أنه لا يصح لأحد واحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بالآخر ؛ لأن ملكه لم يخلص له إذ تعلق به حق غيره ، فإن حق صاحب العلو متعلق بالسفل ، وحق صاحب السفل متعلق بالعلو ، فلك كليهما ليس خالصا . وإذا كان الملك ليس خالصا من

حقوق متعلقة به ، فانه يجب مراعاتها عند كل تصرف يتصرفه الشخص في ملكه .
وقد قسم الفقهاء التصرفات الى ثلاثة أقسام : القسم الأول : تصرفات تضر
أحد الجارين بلاريب كأن يهدم صاحب السفلى سفله ، وكأن يفتح بابا فيه ،
وهذا النوع من الأعمال ممنوع باتفاق ؛ لما فيه من الضرر المؤكد ، والاهدار لحق
مقرر لصاحبه برضا هذا المتصرف ، فهو نقض لأمر تم من جهته ، ومن حاول أن
ينقض أمراً تم من جهته ، فمحاولته مردودة عليه .

القسم الثاني : تصرفات لا تضر واحدا منهما بيقين كدق مسبار أو اصلاح
أحدهما ملكه بنحو طلاء الجدران وغير ذلك مما لا يضر بالآخر يقينا ، وهذا
التصرف سائغ غير ممنوع باتفاق الفقهاء ، لأن احترام حق الآخر يكون بعدم
الاضرار ، ولا اضرار هنا بيقين ، فلا يمنع .

القسم الثالث : تصرفات تحتل الضرر وعدم الضرر ، إذ أشكل أمرها ، فلا
يدرى عند القيام بها أسيقتبها ضرر أم لا ، ومثال ذلك أن ينقب صاحب السفلى
كوة في سفله ، أو يبني صاحب العلو غرفة ، أو يضع جذوعا فوق البناء . وفي هذا
النوع من الأعمال خلاف . فأبو حنيفة يرى فيه المنع ، والصاحبان يريان فيه عدم
المنع ، والخلاف في هذه المسألة قائم على خلاف بينهما في الأصل في تصرفات صاحب
العلو وصاحب السفلى ، فأبو حنيفة يرى أن الأصل في هذه التصرفات المنع إلا
ما قام الدليل على أنه لا يضر فيسوغ . ويرى صاحبان أن الأصل الاباحة إلا
ما قام الدليل على أنه يضر فيمنع ، وقد استدلل كلاهما لأصله . فاستدل صاحبان
لأصلهما بأن كليهما يتصرف في ملكه ، والأصل في التصرفات في الملك الاباحة
لا المنع وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لا يهدم أصل الاباحة ، بل يقيده
بعدم الضرر ، وعلى ذلك تكون اباحة التصرف التي اقتضاها الامتلاك ثابتة لم يزها
تعلق حق الآخر بها ، والمنع يكون عند الضرر ، فان وجد منعت التصرفات التي
توجد ، وان لم يوجد رجعنا الى الأصل الثابت بالملكية ، وهو الاباحة ، وفي حال
احتمال الضرر وعدمه لم يثبت الضرر ، فبقيت الاباحة قائمة عاملة ، لعدم وجود شرط

المنع بها ، ومن جهة ثانية لا يصح أن نجعل تعلق حق الآخر مانعا من التصرفات لذاته ، بل يجب أن نجعله مانعا من التصرفات لما يكون منها من الضرر بدليل اباحة ما لاضرر فيه باتفاق ، وإذا كان أثر حق الآخر مانعا فقط ما فيه الضرر ، فما لم يقدم دليل على ضرره لا منع فيه ، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره .

واستدل أبو حنيفة لما قرره وهو أن الأصل المنع : (١) بأن تعلق حق الغير بعين من الأعيان يقيد تصرفات المالك فيها بقيد وهو رضا صاحب الحق ، ألا ترى أن المستأجر لأن له حقا في العين المستأجرة يكون بيعها موقوفا على رضاه ، وكذلك حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التي تشبهه على رضاه ، وذلك لأن الحق المتعلق بعين من الأعيان محترم فيمنع إطلاق التصرف في العين ، وبذلك يكون الأصل في العين المتعلق بها حق للغير المنع من التصرفات ، وإطلاق اليد يكون بسبب جديد ، وهو رضا^(٢) صاحب الحق .

(٢) واستدل أيضا أبو حنيفة بأن من له حق في عين فله نوع ملك فيها ، ومن يتصرف فيها فهو يتصرف في ملك غيره ، ولا يصح التصرف في ملك الغير إلا بإذنه ورضاه ، ولذلك نفاذ في الشريعة ، فإذا كان لإنسان حق مسيل في أرض آخر ، ولا يملك رقبته ، فليس لصاحب الرقبة أن يغيره من قناة إلى أنبوبة إلا بإذن صاحب الحق المتعلق بعينه ، ولا ينقله من مكان إلى مكان آخر . كذلك إذا كان حق المرور في طريق لا يملك رقبته ، فليس للمالك الرقبة أن ينقل الطريق من جهة إلى جهة ، وإن كان لا يتضرر صاحب الحق المتعلق بالعين ، ولا يمس من ذلك أى أذى ، بل لو كان التغيير إلى أنفع له ، ولا بد لجواز هذا العمل

(١) مقتضى هذا الدليل ، والدليل الآتي أنه لا يصح لصاحب السفل أو الملو أن يعمل أى عمل إلا برضا صاحبه والاتفاق بينهما عليه ، وبهذا روى بعضهم عن أبي حنيفة فقد روى عنه أن صاحب الملو لا يملك التصرف وإن لم يضر بصاحب السفل (راجع فتح القدير) . وعلى الرواية المشهورة يصح اعتبار عدم الضرر عارضا يبيح إطلاق اليد ، وهنا يوجه نقد شكلي ، لأن عدم الضرر لا يعتبر عارضا ، لأنه أمر سلبى لا يعرض ، وإنما العارض الطارىء يكون أمرا إيجابيا .

من رضا صاحب الحق وموافقته .

وإذا كانت النظائر والأشباه كذلك ، فيما بين صاحب السفلى والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر — كان لكل منهما نوع ملك فيما يملك الثانى ، فيمنع من الأعمال إلا باذن الآخر ورضاه ، وعلى ذلك يكون الأصل للمنع ، وإطلاق اليد فى بعض الأعمال هو لعارض عدم الضرر يتيقن .

٤٩ — وإذا هدم صاحب السفلى بناءه يجبر على إعادته لتعديده على غيره بهدمه بناءه الذى تعلق به حقه^(١) ، لأن قرار العلو على السفلى حق لصاحب العلو ، وبهدم صاحب السفلى بناءه قد أزال ما يكون عليه القرار ، فيتعذر وجوده ، فيكون بهذا متعديا ، والمتعدي يجبره القاضى على ما يزيل أثر تعديده ، وإذا جاء صاحب العلو وأقام القواعد للسفلى وبناءه من غير اذن صاحبه ، ومن غير أن يلجأ الى القاضى ليجبر صاحبه على البناء يعتبر متبرعا ، فلا يرجع على صاحب السفلى بشيء من نفقات البناء ، ولا بقيمته ؛ لأنه غير مضطر الى البناء ، اذ فى استطاعته اجباره عليه بطريق القضاء ، فعذوله عن اجباره دليل على ارادة التبرع ، حسما لمادة الخلاف ، وفضا للنزاع ، وحفظا لمروءته وصاحبه من الخصومات ، وما تجر اليه من شحنات ، والمتبرع ليس له أن يرجع فيما عزم عليه .

وإذا انهدم السفل من غير فعل صاحبه ، فلا يجبر على إعادته ، لأنه لا تعدى من جانبه ، فلا مبرر للالزام ، وفى هذه الحال لا يكون لصاحب العلو أن أراد أن ينتفع بعلمه — إلا أن يتفق مع صاحب السفلى لىنى اختيارا ، لا اضطرارا ، ثم له هو أن يبنى باذن القاضى أو باذن صاحب السفلى ، وفى هذه الحال يرجع بكل ما أتفق فى سبيل البناء على صاحب السفلى ، لأنه وكيل عن صاحب الشأن فى الاشراف على البناء ، والاتفاق فى سبيله ، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التى أتفقها فى

(١) ولو كان قد تهدم بناء صاحب العلو بهدم صاحب السفلى بناءه ضمن له قيمته وقت

هذا السبيل ، والوكالة ظاهرة في حال اذن صاحب السفل ، وأما في حال اذن القاضى فهي تحتاج الى جلاء ، وذلك لأن القاضى له ولاية عامة قوامها رفع المظالم ، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم . ولا شك أن لصاحب العلوحقا في القرار على السفل ، ولا يتمكن من هذا الحق الا بينائه ، ولم يأذن مالكه بالبناء ولا طريق لاجباره على البناء أو اجباره على الاذن ، فلم يبق له الا أن يستأذن صاحب الولاية العامة في البناء ، اذ تعذر عليه أخذ الاذن من صاحب الولاية الخاصة ، فيكون في اتفاقه على البناء في هذه الحالة وكيفا عن ذى ولاية ، ويشبه الوكيل المقام في الخصومات عند عدم وجود الخصم أو وكيل له .

واذا بنى من غير اذن صاحب السفل ولا اذن القاضى فله في هذه الحالة أن يرجع بقيمة البناء وقت تمام البناء ، ولا يرجع بما أنفق ، وقد تختلف قيمة البناء عما أنفق زيادة أو نقصانا ، وانما كان له الرجوع بالقيمة ، ولا يرجع بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيفا في الاتفاق على أى اعتبار ، إذ لم يصدر اذن له من القاضى ، ولا من صاحب السفل بالبناء وهذا هو الذى ذكر فى أكثر كتب الفقه ، ولم تحك فيه خلافا ، ولكن وجدنا فى كتاب البدائع ما يبين منه أن هناك قولاً آخر ، وهو أن الباقي في هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لا بقيمة البناء ، فقد جاء فيه : « وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أن فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفق ، وكذا ذكر الخصاصف أنه يرجع بما أنفق ؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ، ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه ، بل فيه نفع صار مأذونا بالاتفاق من قبله دلالة ، فكان له حق الرجوع بما أنفق » ، ولكن يظهر أن الراجح أنه يرجع بقيمة البناء وقت تمامه ؛ لأنه ملكه ، فوجب ألا يتمكن غيره منه الا ببذل له ، وهو القيمة .

وهنا يتساءل القارىء لم لا يعتبر متبرعا ، كما اعتبرناه متبرعا ان بنى من غير إذن القاضى وصاحب السفل فى حالة هدمه متعمدا ؟ والجواب عن ذلك أنه فى الحال الأولى غير مضطر الى البناء ، لأن فى استطاعته أن يلجأ الى القاضى ،

ليكره المالك على البناء . أما في هذه الحال ، فهو مضطر الى البناء إذ لا طريق لاجبار المالك على البناء أو اجباره على الاذن ، فكأنه في هذه الحال مأذون من الشرع بالبناء ؛ ولهذا المسألة أصل ينطبق عليها وعلى ما يشبهها من المسائل . ذكره شمس الأئمة الحلواني ، وأقرته كل كتب الفقه . وهو أن من يجبر على اصلاح ما يملك اذا تعلق به حق الغير لا يرجع عليه اذا أصلح صاحب الحق من غير إذنه أو إذن القاضى ، إذ يمكنه أن يجبره ، فكان متطوعا ، ومن ذلك كرى النهر واصلاح السفينة واذا كان لا يجبر على الاصلاح كسألة انهدام السفلى لا يعتبر متبرعا ، لأنه لا يمكنه الوصول الى حقه الا بذلك .

والآن نقول كلمة مجملة في طريق الرجوع بما أنفق أو بالقيمة . قد قالوا إن ذلك يكون بحبس صاحب العلو السفلى الذى بناه عن صاحبه ، حتى يؤدي ما عليه . وهو قيمة البناء وقت تمام البناء ، أو النفقات التى قام بها فى سبيل البناء على حسب الأحوال التى بينهاها ، وإنما كان له هذا الحبس ، لأن دين البائى متعلق به فله حبسه حتى يستوفى الثمن ، بل ان له فيه ملكية ، ولذا جاء فى الفتاوى الحامدية أن له أن يسكن السفلى ، حتى يدفع اليه صاحب السفلى ما عليه من مال . وإذا امتنع عن أداء ما عليه بعد حبس السفلى عنه كان لصاحب العلو طريقان احدهما أن يستغل السفلى باذن القاضى ويستوفى ما له من الأجرة ^(١) ، وثانيهما أن يجبره على أداء الدين بطرق الاجبار على أداء الديون من حبس المدين أو بيع أمواله عليه ، حتى تستوفى منها ديونه وقد نص على ذلك فى جامع الفصولين ، ولكن فى الفتاوى الخيرية لا يجبر هذا الاجبار فى كل الأحوال بل يجبر ذلك الاجبار اذا بنى صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، أما اذا بنى بغير اذن واحد منهما ، فلا طريق الى الرجوع الا حبس العين ، أو استغلالها باذن القاضى واستيفاء الحق من الغلة .

٥٠ — واذا هدم صاحب العلو علوه فالقول الصحيح فى المذهب ، كما

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

في جامع القصولين . أنه لا يجبر على بنائه ، لأنه لا يضر على صاحب السفلى في عدم بنائه بخلاف صاحب السفلى إذا هدم بناءه ، لأن العلو قائم عليه ، وهو أسه فالضرر لاحق بصاحبه بآدى الرأى والنظر .

وهنا نستطرد استطرادة صغيرة ، وهى اذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم فهل له أن يبيعه من غير بناء ؟ والجواب عن ذلك أن حق التعلل لا يجوز بيعه إلا مع البناء ، فمن باعه من غير بناء لا يصح بيعه ، لأنه من غير بناء ليس بمال ، إذ المال ما يمكن احرازه عند الحنفية ، ولا هو فى هذه الحال حق متعلق بمال فيجوز بيعه تبعاً للمال ، لأنه فى هذه الحال منفرد عن متعلقه ، وهو البناء ، ولذا لا يجوز بيعه عند الحنفية اجماعاً .

وفى مذهب مالك رضى الله عنه يجوز بيع حق التعلل منفرداً عن البناء ، بل يجوز بيعه قبل البناء ، لأن بيع الهواء عنده يجوز . ولقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : « وجاز بيع هواء فوق بناء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بعتى عشر أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك ، ان وصف البناء الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهالة والغرر ، ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل ، ولكن ليس له أن يبنى غير ما دخل عليه الا برضا الأسفل » ومن هذا يفهم أن حق العلو منفرداً يجوز بيعه ، وذلك غير المتفق عليه عند الحنفية .

§ ٥٣ — ما ذكرناه هو فى الجوار الذى منشؤه ما بين العلو والسفل من علاقة ، وما لصاحب كل منهما من حق متعلق بالآخر ، وهو حق مقرر ثابت بمقتضى علاقة العلو بالسفل ، لا مطلق الجوار .

أما الجوار المطلق فليس له من الحقوق إلا حق واحد ، وهو ألا يضر الشخص فى سبيل انتفاعه بعقاره بجاره ضرراً يئنا فاحشاً ، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء ، بل هو موضع نظر ، أو بعبارة أدق هو استنباط جاء بعد الطبقة الأولى طبقة أبى حنيفة وأصحابه . وذلك لأن ما يروى فى ظاهر الرواية هو أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كيف يشاء بلا قيد يقيده ، وليس لأحد إجباره على شىء

لا يريده في ملكه ، الا لضرورة أو نقص في أهليته ، كما أنه ليس لأحد منعه من التصرف في ملكه ، ولو تضرر من ذلك غيره ، الا اذا تعلق به حق غيره فذلك أحكام قد نوهنا عنها في بيان حق العلو والسفل ، وذلك لأن معنى الملك يقتضى إطلاق اليد في التصرف اطلاقا تاما ، والمنع لا يكون الا لتعلق حق غيره ، فاذا لم يتعلق به حق لا يمنع^(١) ، وعلى ذلك يكون للشخص أن يصنع في عقاره ما شاء ، فله أن يفتح النوافذ في بيته من غير قيد ولا شرط ، وله أن يحفر بئرا أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره ، ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن الجدار فسقط لضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد على جاره مادام ما يفعله في دائرة ملكه ، ولا ضمان الا مع التعدى ، ولأن منعه من الانتفاع بملكه فيه ضرر ينزل به من غير مبرر يبرره ، ولا يصح أن يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ؛ لأن في ذلك تقضا لأصل الملكية ، اذ لو كان الضرر يبرر منع المالك من التصرف ، لقد المالك حرية التصرف ، وليست حرية التصرف الا معنى الملك .

ولهذا كله كان ذلك هو القياس^(٢) في مذهب الحنفية ، وهو رأى الشافعى واحمد ، ولذا قرر الجميع أن حق الملك يقتضى عدم التقيد قضاء ، وليس للقاضى أن يمنع المالك من التصرف في ملكه . ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالجار لتكون المودة ، ولقوله عليه السلام : « والله لا يؤمن ثلاثا قالوا : ومن يارسول الله ؟ قال ذلك الذى لا يأمن جاره بوائقه » فن الدين والأخلاق وحسن المعاملة والسلوك القويم ألا يتصرف الجار في ملكه بما يترتب عليه أذى بجاره ، ولكن ذلك لا يكون باجبار القضاء على مقتضى ما قرره أبو حنيفة وأصحابه .

(١) راجع البدائع .

(٢) يروى أن شخصا شكوا الى أبى حنيفة من بئر حفرها جاره في داره ، فقال له ابو حنيفة احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزت البئر الأولى ، فكسبها ربها وترى أنه لم يذكر للشاكى أن له أن يجبر جاره على كبس البئر ، بل ذكر له تلك الحيلة وليست الا من قبيل التصرف في الملك ، وهى ضرر قد دفع ضررا ، فلم الفريقان من الأذى ، وهكذا يقاتل السوء بالسوء فتكون السلامة .

هذا ما روى عن الطبقة الأولى من الفقهاء ، وما جاء في ظاهر الرواية وقررنا أنه القياس الذى يوائم القواعد الفقهية ، ولكن جاء أصحاب الفتاوى ، وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين فى المذهب ، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف فى ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً ينافى فاحشاً ، لحديث لا ضرر ولا ضرار ، ولأن الناس قد تركوا ما أوجب عليهم الدين من وجوب رعاية الجار ، فحقت عليهم كلمة القضاء لحملهم على منع الاضرار اضطراباً ، إذ لم يقوموا به اختياراً . وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ .

والممنوع على هذا الاستحسان ليس العمل الذى يترتب عليه مطلق الضرر ولو يسيراً ، بل العمل الذى يترتب عليه الضرر الفاحش البين ، وقد جاء فى فتح القدير حد للعمل الذى يكون سبباً للضرر الفاحش البين فقال : « هو ما يكون سبباً للهدم ، وما يوهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية » ولا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس ، أو سد منافذ الهواء على المساكن ؛ لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك فى الجملة ، وقد أحصى الفقهاء عدداً من الأضرار التى تعتبر فاحشة بيّنة ، فمنها أن يتخذ طاحوناً أو مصنع حديد ، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء ، وأن يحدث تنوراً أو معصرة فى سوق الخبز ، فيضر ضرراً فاحشاً ببضائع أهل السوق ، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئراً أو بالوعة توهن بناء الجار ، وأن يحدث بناء فى ملكه ما يمنع الضوء عن جاره ، بحيث لا يستطيع القراءة فى النهار من شدة الظلام ، وأن يحدث شبكاً يظل منه على مقر النساء ^(١) .

وهذا رأى الذى هو استحسان فى مذهب أبى حنيفة هو مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد جاء فى تهذيب الفروق ما نصه : « مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضعاً له أن يبنى فيه ، ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره ، وأن له أن

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل فى مذكرة المعاملات لطلبة القسم الأول من مدرسة القضاء الشرعى .

يجفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره » فالانتفاع بالملك عند مالك وأصحابه مقيد بقيد ، هو ألا يضر بغيره ، وهو استحسان المتأخرين عند الحنفية كما علمت .

أسباب الملك التام

§ ٥٢ — ذكرنا في الفصول السابقة أسباب الملك الناقص ، وأسباب الحقوق التي تتعلق بالأعيان ، وما يشبهها ، والآن نتكلم في أسباب الملك التام ، فنقول : أسباب الملك ثلاثة أقسام : (القسم الأول) سبب منشاء للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتا فيها وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، ووضع اليد عليها ، فإن الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد ، ولم يكن ثمة ملك واقع عليها ، وبالاستيلاء تثبت الملكية لواقع اليد ، وهي ملكية حادثة ، ويسمى هذا سببا فعليا من أسباب الملكية ، لأن منشأه لم يكن قولاً أو عقداً ، ولكن منشؤه فعل وعمل ، ولأنه سبب فعلى ، وليس بسبب قولى صح أن يكون سببا للملكية إذا حصل من محجور عليه ؛ فإذا استولى المحجور عليه على مباح بأن أحيا أرضاً مواتاً ، أو صاد صيداً أو احتش كلاً ، أو احتطب حطباً ، فقد ملكه ، وذلك بخلاف الأسباب القولية ، فانها لا يترتب عليها الملك باطلاق من المحجور عليه ، فشرأوه مثلاً لا يترتب عليه ملك له وذلك لأن التصرفات القولية هي موضع الحجر ، ولا يترتب عليها آثارها اعدم اعتبارها منشئة للحقوق والواجبات منه . وأما الأفعال فتترتب عليها آثارها ، ولذا لو جنى جناية وجب عليها أرشها ، ويؤخذ من ماله .

(القسم الثانى) أسباب تنقل الملكية من سلطان شخص الى غيره ، ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة وصدقة وخلع بالنسبة لبدله ، ونكاح بالنسبة لمره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال التي تنقل ملكيتها بسببها مشغولة بالملك قبلاً ، فإذا لم تكن مشغولة لا تنعقد سبباً للملك ؛ لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز الى حيز ، وذلك لا يكون

الا اذا كان الملك ثابتا أولا قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحا من المباحات ، كما لا يصح أن يكون المباح مبرا أو بدل خلع أو محلا للصدقة أو الهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة في المباح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك ، فلا يكون مقتضى العقد ثابتا .

(القسم الثالث) سبب للملك هو خلافة الشخص لغيره في الملكية ، وهذا يشمل الميراث والوصية ، فان الملك يصل الى الوارث والموصى له بالخلافة عن المورث والموصى ، اذ لا يملك الا من بعد وفاته ، ووفاته شرط للملكية عنه ، ولذا لا يحتاج دخول الميراث في ملك الوارث الى قبول منه ، وكذلك لا يحتاج الوصية الى قبول ، بل الشرط عدم الرد فيها ، بل ان الميراث يدخل في ملك الوارث جبرا عنه من غير اختياره وارادته ، ولا يوجد من أسباب الملك ما ينتقل به الملك من غير اختيار سوى الميراث ، وزاد الزيلعي على الميراث الوصية للجنين ، فان الملك يدخل من غير اختيار أحد لعدم وجود من يلى عليه ، اذ لا يصلح لأن يكون محلا للولاية عليه . وفي الوصية ما يقرب من هذا ، وذلك اذا مات الموصى له قبل أن نعلم لهقبولا أو ردا ، فان الملك يثبت له ، ولم يثبت عنه اختيار . ومن كل هذه الأوصاف والخواص يستبين أن الملك الثابت بالميراث والوصية ملك سببه خلافة الوارث أو الموصى له للمورث والموصى ؛ ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاما منها أن الوارث والموصى له كلاهما يكون خصما في إثبات الديون التي تكون على الميت ، ولولم يكونا خليفتهين له في تركته ما كان لها شأن في الخصومة . ومنها أن لها أن يقيلا البائع من البيع إذا كان البيع حادثا من المتوفى ، وتكون إقالتهما لها كل خواص الإقالة وأحكامها ولولا أن ملكيتهما بسبب الخلافة لكانت إقالتهم بيعا جديدا من كل الوجوه ، وما كانت لها أحكام الإقالة من حيث كونها فسخا بالنسبة لبعض الأحكام ، وبيعا بالنسبة لبعضها .

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أضرب : (أحدها) احياء الموات ،
(وثانيها) الاستيلاء على المعادن والكنوز ، (وثالثها) حيازة الأشياء المباحة ،
(ورابعها) الصيد .

إحياء الموات

§ ٥٣ — الأراضى الموات هى الأراضى التى تعذر زرعها لانتقطاع الماء عنها
أو لغلبته عليها ، أو لكون طينتها غير صالحة للانبات ، ويشترط لاعتبارها مواتا
أن تكون بعيدة عن العمران ، غير قريبة منه ، لأنها ان كانت قريبة من
العمران انتفع بها في غير الزراعة فتتعلق بها مصالحه ، فتكون منها طرق ، ومسائل
ماء ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه ، ولم يختلف في ذلك أحد من أهل العلم ^(١) .
ولكنهم اختلفوا في مدى هذا البعد ، فروى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن
البعد يكون بحيث لو وقف رجل في أدنى الموات الى العمران ، ونادى بأعلى صوته
لا يسمع صوته في العمران ، فلو سمع لم تكن الأرض مواتا ، وقال محمد وهو
المروى في ظاهر الرواية انه يكفي في البعد ألا تكون من مرافق القرية بالفعل ،
فهو نظر الى حقيقة الانتفاع ، فان كانت منتفعا بها بالفعل في مرافق العمران انتفى
عنها وصف الموات ، وان كانت غير منتفع منها بالفعل بأن لم تكن من مرافق
القرية اعتبرت غير منتفع بها . وتكون منتفعا في الزراعة ، وهى غير صالحة لها
فى موات اذن .

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسى قول أبى يوسف مع أنه غير ظاهر
الرواية على ما علمت ^(٢) ومذهب الشافعى في هذا كذهب محمد .

وترك بعض الفقهاء الحد الفاصل بين القريب والبعيد إلى العرف ومن
هؤلاء الامام أحمد بن حنبل وأصحابه ، واستدل له بأن الحد لا يعرف إلا بالتوقف ،

(١) المغنى في كتاب احياء الموات .

(٢) راجع كتاب الزيلعى والبدائع في احياء الموات .

ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشارع لذلك حد ، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالقبض والاحراز ، فإن الأمر في تحقيق معناها إلى العرف والمشهور بين الناس ، وأى حد من غير دليل هو تحكم ، إذ ليس حد أولى من غيره ما دام ليس في المسألة نص ، أو قياس على منصوص عليه فليس لنا إلا أن نتركه للعرف .

٥٤ — وقد اشترط صاحب الكنز في اعتبار الأرض مواتا ألا تكون مملوكة لشخص معين معروف ، غير أن ذلك الشرط ليس لتحقيق كونها مواتا ، بل لاعتبار الأحياء سببا للملكية ، فإن الأرض تعتبر مواتا إذا تحقق أنها ليست من مرافق العمران ، ولا تصلح للزراعة ، ولو كان لها مالك معروف ، غير أن الأحياء لا يكون سببا للملكية إلا إذا كانت الأرض لم يعرف لها مالك ، سواء أ كانت لم يجر عليها ملك قط ، أم جرى عليها ملك ، ولكن في غير عصور الاسلام ، أم جرى عليه ملك في العصور الاسلامية ولم يعرف صاحبه ، فما دامت لم يعرف لها مالك^(١) معين فهي موات . ولكن قد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان المالك مسلما أو ذميا في عصور اسلامية ولكن غير معروف فقد رويت بعض الروايات عن أحمد بن حنبل أنها لا تعتبر مواتا ما دامت قد ملكت في عصور الاسلام ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا مواتا في غير حق مسلم ، فهي له » ولأنها إذا ثبت أن لها مالكا في الاسلام ، فهي على ملكيته ، وعدم معرفته لا يزيل ملكيته لأنها له ، فإن لم يكن فلورثته ، فإن لم يعلم له ورثة ، فهي لبنت مال المسلمين لأنه وارث من لا وارث له ، وعلى أية حال لا تعتبر مباحا غير مملوك لأحد . ولكن كثرة الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة على أنها تملك بالأحياء لأنها لا يعرف لها مالك ، فأشبهت ما لا مالك له ، ولأنها إذا كانت مواتا

(١) مالك رضى الله عنه يعتبر من الموات الذى يكون احياءه سببا للملكية الأراضى التى ملكها أصحابها بالأحياء لا بسبب آخر من أسباب الملكية اذا أهملت حتى صارت مواتا بعد الأحياء فان ملكيتها تذهب عنه وتعود مباحة كما كانت ، وسنبين ذلك في موضعه ان شاء الله .

من القديم، بحيث لا يعرف مبدأ لمواتها سقطت ملكيتها، لعدم وجود محرز لها، ولعدم صلاحيتها للانتفاع وصارت كالعادي القديم الذى ينسب الى ملاك قبل الاسلام، ولقد قال عليه السلام « عادى الأرض لله ورسوله، ثم هو بعد لكم » وقد فسر القدورى رحمه الله العادى بما قدم خرابه ولو كان فى الاسلام .

§ ٥٥ — واحياء الأرض جعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بإزالة السبب

الذى جعلها غير صالحة وغير نافعة، فإذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها، فاحياؤها بإقامة السدود الدافعة للمياه للتمكن منها والأخذ وقت الحاجة فقط، وإذا كان مواتها بسبب عدم وصول المياه اليها فاحياؤها بشق الأنهر لتصل المياه اليها، أو بوضع آلات رافعة للمياه لتصل اليها ان كانت عالية لا تصل المياه اليها من غير آلات رافعة، أو بكريها وسقيها حتى تصير بتلك العملية صالحة للانبات اذا كان سبب الموات فساد تربتها . وإذا أرادها قرية، فاحياؤها ببناء حائط وتقسيمها بيوتا ودورا ونحو ذلك، وقد ذكر فى المغنى أن فى الاحياء روايتين فى مذهب الامام أحمد بن حنبل احدهما بنحو ما ذكرنا، والثانية « أن الاحياء ما تعارفه الناس احياء، لأن الشارع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه، ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء فى العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز، ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بسماء عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق بالحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق حكما على ما ليس الى معرفته طريق، فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفة؛ اذا ليس له طريق سواه . اذا ثبت هذا، فإن الأرض تحي دارا للسكنى، وحظيرة، ومزرعة، فاحياء كل واحدة من ذلك بتبويضها . للانتفاع الذى أريدت له . . » .

§ ٥٦ — والاحياء وحده سبب للملكية عند الصاحبين والشافعى واحمد

ابن حنبل، ما دامت الأرض لا مالك لها، فلا حاجة لثبوت الملكية بالاحياء

الى اذن الامام ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت الملك في الموات بمجرد الاحياء ، بل لا بد مع الاحياء من اذن الامام .

استدل الأولون بأن الأراضى الموات ليست ملكا لبيت المال ، بل هي مال مباح ، والمباح لمن سبقت يده اليه ، وقد سبقت اليد اليه بالاحياء ، فهو لمن أحياءه ، فلا حاجة الى اذن الامام في ثبوت الملكية ، كمن يحتطب حطبا مباحا أو يبحث كلاً مباحا ، فانه يملك بمجرد الاحراز والاستيلاء ، وكمن يصطاد حيوانا لا مالك له فانه يملكه بمجرد الاصطياد ، واذا كانت ملكية هذه الأشياء لا تحتاج في ثبوتها الى اذن الامام ، فكذلك ملكية الموات من الأراضين لا يحتاج الشخص في ملكيته الى اذن الامام . بل الى الاحياء فقط ؛ لأنه هو الذى جعله الشارع سببا للملكية ، فقد ورد في الحديث الشريف : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » .

واستدل لأبى حنيفة بأن هذه الأراضين وان كانت لا مالك لها في الاسلام ، هي في سلطان الامام ، ويعتبر بولايته على البلدان واضع اليد عليها ، وليس لأحد أن يستولى على ماتحت يد الامام من غير اذن ، وقد قال عليه السلام : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » ولأن ولاية الامام على أرض غير مملوكة يجعلها في يده كالفنائم يوزعها على المسلمين ، وليس لأحد أن ينال شيئا منها بغير أن يقسم له الامام ويأذن له ، ولأن الاحياء من غير اذن الامام قد يدفع الى التزاحم ، والتنازع ، فلأجل الفصل بين الناس ولمنع النزاع بازالة أسبابه كان لا بد من اذن الامام . لتثبت الملكية بالاحياء ، وحديث : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » لا ينافى شرط الاذن لأنه يشبه حديث « من قتل قتيلا فله سلبه ^(١) » ولم يقل أحد أن من قتل قتيلا في الجهاد في سبيل الله يأخذ سلبه من غير اذن الامام ، فاذن الامام ملاحظ في الحديثين ، منعا للتشاح

(١) سلب القتل ما يكون معه من سلاح وعتاد وقت قتاله .

والتنازع وان لم يذكر^(١).

§ ٥٧ — والتحجير لا يعتبر من أسباب الملك ، وهو أن يضع الشخص علامة في الأرض الموت تدل على سبقه إليها ، أو يشرع في أحيائها ، فيعد من التحجير وضع سور حول الأرض ، أو خط خطوط حولها تدل على سبق يده ، ومنها أن يقطع أشواكها ، أو يسوى عاليها بسافلها ؛ لأن ذلك شروع في الأحياء والشروع في الأحياء من التحجير كما علمت . وهو باتفاق الفقهاء ليس كالأحياء في إثباته للملكية ؛ لأن الآثار المتضافرة تدل على أن وضع اليد على الأراضي الموت وضعاً مجرداً لا يعتبر من أسباب الملكية ، بل الآثار جعلت سبب

(١) قد حكى أبو يوسف رضى الله عنه خلافه مع شيخه في كتابه الخراج ، فلتفقه لفرط كلامنا بكلام هذا السلف الصالح ، وليستين للناس كيف تكون أمانة العلم ، فانه يحكى كلام شيخه وحجته ، ويحتفل ببيان وجهة نظر شيخه — وهو مخالفه — أكثر مما يحتفل ببيان حجته مع اصراره على رأيه ، وهذا كلامه رضى الله عنه : « وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له إذا أجزأه الإمام ، ومن أحيأ أرضاً مواتاً بغير إذن الإمام فليست له ، وللإمام أن يخرجها من يده ، ويصنع فيها ما رأى من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . قبل لأبي يوسف ما ينبغي لأبي حنيفة أن يكون قد قال هذا إلا من شيء ، لأن الحديث قد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له ، فبين لنا ذلك الشيء فهل سمعت عنه في هذا شيئاً يصح به . قال أبو يوسف : حجته في ذلك أنه يقول الأحياء لا يكون الا بإذن الإمام ، أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعاً واحداً ، وكل واحد منهما منع صاحبه ، أيهما أحق ؟ أرأيت ان أراد رجل أن يحكي أرضاً ميتة بفناء رجل ، وهو مقر أن لا حق له فيها ، فقال لا تحبها فانها بفنائى ، وذلك يضرنى ؟ فأتى رجل أبو حنيفة إذن الإمام في ذلك ها هنا فصلا بين الناس ، فإذا أذن الإمام في ذلك لسان كان له أن يحبها ، وكان ذلك الاذن جائزاً مستقيماً . وإذا منع الإمام أحداً كان ذلك المنع جائزاً ، ولم يكن بين الناس التشاح في الموضوع الواحد ، ولا الضرر فيه مع إذن الإمام ومنعه ، وليس ما قال أبو حنيفة برد الأثر له ، انما رد الأثر أن يقول ، وان أحيأها بإذن الإمام فليست له . فأما من يقول هي له ، فهذا اتباع الأثر ، ولكن بإذن الإمام ، ليكون اذنه فصلاً فيما بينهم من خصوماتهم واضرار بعضهم ببعض .

أما أنا فأرى اذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن لإذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز إلى يوم القيامة . فإذا جاء الضرر ، فهو على الحديث : « وليس لمرق ظالم حق ... » عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمرق ظالم حق » . ثم يروى الحديث بروايات مختلفة كلها في معنى واحد .

الملكية هو وضع اليد المشتغل على إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة .
والمتحجر اذا مضى على تحجيره ثلاث سنوات اتفق الفقهاء على أنه يصبح
لاحق له ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم لكم
من بعد ، فمن أحيا أرضاً ميتة ، فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين »
وروى مثل هذا عن عمر بن الخطاب ، ففساه يكون قد سمعه من الرسول عليه
الصلاة والسلام . ولأن المحتجر اذا مضت عليه ثلاث سنين ، ولم يصلح يكون قد
ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، إذ لهم جميعا الحق في أحيائها وامتلاكها
بهذا الأحياء ، فجاء هذا لمنع الناس عنها ، وما أحيائها ، ولا ترك الناس يحيينها ،
فكان في هذا المنع ظالماً معتدياً ، وما كان له بعد هذا حق في إمساكها ، لأنه
لا يجوز استمرار الظلم والاعتداء بهذا المنع من غير أى ثمرة ترجى منه ، ولو جاء غيره
وانزعجاً منه بعد الثلاث بالقهر والغلبة وأحيائها تكون ملكه باتفاق الفقهاء .
هذا ما يتعلق بشأن الحجر بعد ثلاث سنوات . أما قبل ثلاث السنوات ،
فله حق متعلق بها ؛ لأن يده سبقت إليها ، والسابق الى المباح أولى من غيره به ،
وأحق بامتلاكه دون الناس أجمعين ، غير أن فقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا في مدى
هذا الحق . فقال بعض الفقهاء إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ؛ لأن ملكيته لم تثبت
قبل ثلاث سنوات ، ولكن على الناس من حيث الديانة أن يحترموا هذا الحق ،
ولكن لا يلزمون به قضاء ؛ ولذا إذا جاء شخص في مدة ثلاث السنوات
وأحيا الأرض الموات كان المالك لها ؛ لأن حقه في الملك صار أقوى من حق الآخر
باليد ونظير هذا من استام شيئاً ليشتره ، أو خطب فتاة ليتزوجها يحرم على غيره
ديانة أن يستام عليه ، أو يخطب على خطبته ، فإذا جاء واستام واشترى ، أو خطب
وتزوج ، لم يكن لأحد أن يمنعه بقوة القضاء ، وكان زواجه صحيحاً بلا ريب ،
ويمثل هذا جاء في الزيمى وغيره ^(١) ، وقالوا إنه الصحيح .
وقال بعض الفقهاء : ان من أحيا في مدة ثلاث السنوات لا يملك باحيائه

(١) ومثله جاء في المغنى من كتب الحنابلة .

لأن حق المحتجر أولى من حق غيره ، والحجي بعد تحجيره معتد عليه ؛ فلا يصح أن يكون أحياءه سببا للملكية ، لأن الظلم لا يكون سببا في اثبات الملكية ، وقد قال عليه السلام : « وليس لعرق ظالم حق » إذ أنه السابق ، والسابق الى المباح أولى به من غيره . فكان حقه الثابت بذلك السبق أولى بالرعاية ، ولذلك لا يثبت بأحياء غيره أى حق من الحقوق له .

٥٨ — والملك بالأحياء كالمالك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لا يزول عنه الا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية ، فما لم يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحجي ، ولو صارت الأرض بعد ذلك مواتا باهالها وعدم تعدها بالحرث والسقي . وهذا مذهب الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، ومذهب أبي حنيفة . وقال مالك : إن الأحياء اذا ذهب بعودة الأرض مواتا ، قبل أن ينتقل الملك الى غير المحجي تنتهي الملكية ، ويكون لأى شخص امتلاكها بالأحياء ، وحجته في ذلك (١) أنه في أحياء الموات جعل الأحياء علة للملك ، فاذا ذهب الأحياء ذهب الملك ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فاذا ذهبت العلة بطل الحكم ، واذا وجدت وجد ، فلما صارت الأرض مواتا ، ذهبت العلة ، فلم يعد للحكم وهو الملكية وجود^(١) . (٢) وأن الأحياء سبب فعلى من أسباب الملك التى ترد على المباحات ، وهى ضعيفة لورودها على غير ملك سابق ، بخلاف أسباب الملك القولية لا يبطل الملك فيها بعدم استمرارها ، لأنها ترد على مملوك فلتأصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك لاجتماع إفادتها مع افادة ما قبلها ، وكذلك

(١) وقد رد ذلك الدليل ابن الشاط وهو مالكي ، بأن الأحياء قد ثبت فترتب أثره ، وهو الملكية ، ولم يرتفع الأحياء التى أوجد الملكية ، لأن الواقع لا يرتفع ؛ إذ أن الأحياء فعل من الأفعال بمجرد حدوثه سجل في الوجود ، فلا يمكن نفيه ، وإن كان يمكن ألا يستمر ، واستمرار الأسباب وبقاؤها ليس بضرط في وجود الأحكام السببية عن وجودها . فان الملك المترتب على الفراء أو الهبة أو الارث أو الوصية لا تستمر أسبابه ، ومقتضى كلام مالك ألا يستمر هذا الملك لعدم استمرار هذه الأسباب ، ولم يقل أحد ذلك (ملخص بتوضيح من ادرار المبروق على انواء الفروق) .

إذا ورد البيع على الأحياء ، لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب ^(١) .
(٣) وأن الأحياء كالاصطياد ، واحتياز كل مباح ، اذا رفعت اليد فيه عاد مباحا كما كان ، فالسك اذا انفلت الى النهر عاد مباحا ، والحيوان الذى صيد ، إذا توحش وتأنب ، ولم يعد لليد سلطان عليه ، الا بصيد جديد عاد مباحا كما كان ، والماء اذا حيز ، ثم اختلط بماء النهر صار مباحا كما كان . فكذلك الأرض الموات اذا عادت بعد الأحياء مواتا عادت الى ما كانت عليه من الإباحة ^(٢) .

واستدل ابو حنيفة والشافعى واحمد بن حنبل ، بحديث «من أحيأ أرضا ميتة فحى له ، وليس لعرق ظالم حق » ، وهذا الحديث يفيد الملك باطلاق ، والملك اذا ثبت لا يزول عن شخص الا بالأسباب الناقلة له من شخص الى شخص ، ولأن الأحياء كالبيع والهبة وغيرها من أسباب الملكية ، بل كلها مبنى عليه فى الأرضى واذا كانت هذه الأسباب لا تنتهى للملكية بسببها بعودة الأرض مواتا فكذلك الأحياء لا تنتهى للملكية بسببها بعودتها مواتا .

٥٩ — والأرض الموات اذا أحييت ، أعتبر من الأرضى الخراجية أم من الأرضى العشرية ^(٣) ؟ اذا أحيها ذمى تكون خراجية ؛ لأن ما يقع تحت

(١) يرد هذا الدليل بأن أى سبب من الأسباب القولية يقوم على السبب الفعلى ، وهو الاستيلاء على المباح ، فاذا كان الاستيلاء على المباح سببا ضعيفا ، فكل ما يبنى عليه يرد عليه ضعفه ، فاذا كان المحي للأرض ملكه ضعيف ، فمن يستفيد الملك عن طريقه يستفيد منه هذا الضعف ؛ لأنه يملك بمقدار ما يملك هو .

(٢) يرد هذا الدليل بأن هذه التقديمات تنطبق على الملكية بالبيع وغيره فالسك اذا عاد الى النهر عاد مباحا ولو كان قد بيع ، وكذلك الحيوان اذا توحش والماء المحوز اذا اختلط بماء النهر ، فانهما يعودان مباحين ، ولو كانا قد بيعا ، ومقتضى هذا اذن أن الموات اذا بيع بعد احيائه ثم عاد مواتا عاد مباحا ، ولم يقل ذلك أحد حتى مالک رضى الله عنه .

(٣) الأرضى المصرية هى الاراضى التى فتحها المسلمون عنوة ، وقسمت بين الفاتحين ، والاراضى التى أسلم أهلها عليها من غير فتح . والاراضى الخراجية هى الاراضى التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها . ويظهر أثر التفرقة بين العمر والخراج فيما يؤخذ منهما من ضرائب ، فالمصرية يؤخذ منها العمر مما تنتج من زرع ان سقيت بغير آلة ونصف العمر ان سقيت بآلة ، وأما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولى الامر على حسب ما تطيق الارض ، ويسمى ذلك خراج وظيفة ، وقد يرى الامام أن تؤخذ نسبة معينة مما يخرج من الارض ، ويسمى ذلك خراج مقاسمة .

سلطان الذمي من الأراضى يكون خراجيا ، ولو كان قد انتقل من غيره ، بل لو كانت عشرية في يد مسلم ، فنقلت الى ذمي تكون خراجية عند أبي حنيفة ، وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو ، وأنشأ عليه ملكا مبتدأ بالاحياء . ولأن العشر من أنواع الزكاة ، فهو عبادة ، أو على الأقل في معناها . ولا يصح أن تفرض عبادة اسلامية على غير المسلمين ؛ لذلك كانت الأرض التي يستولى عليها ذمي خراجية ، ليفرض عليها الخراج .

وإذا أحيها مسلم ، فقد قال محمد : انها تتبع ماءها ، فان كانت تسمى من ماء السماء أو بيئر استنبطها فيها ، أو بماء الأنهار العظام التي لا تقع في قبضة أحد ، فهي عشرية ، وإن سقيت بماء من نهر كان قد حفره الأعاجم قبل الاسلام ، فهي خراجية ، وذلك لأن الماء هو العنصر الفعال في الزرع ، بل هو في أغلب الأحوال ما تحتاج اليه الأراضى الموات لأجل احيائها وجعلها صالحة للزراعة ، ولذلك تكتسب الأرض صفته ، فان كان ماء يفيض بنعمة الله من غير عمل الانسان كانت عشرية ، وإن كان ماء كان لغير المسلمين عليه سلطان ، وهو في حوزتهم ، وملكهم كانت خراجية ، لأن هذا النوع من المياه يعتبر فيثا وغنيمه ، فهو يشبه الأراضى الخراجية ؛ فما يحميه من الأراضى يكون خراجيا .

وقال ابو يوسف اذا أحيها مسلم تعتبر عشرية اذا كانت في حيز الأراضى العشرية بأن كانت الأرض التي هي فيها عشرية ، وتعتبر خراجية اذا كانت في حيز الأراضى الخراجية ، وذلك لأن مرافقها متعلقة بما حولها من الأراضى ، فتكون تابعة له في الوصف ، فان كان خراجيا كانت مثله ، وإن كان عشريا كانت كذلك .

٦٠ — احياء الموات في القانون المصري : الأراضى الموات ولو أنها من الأشياء المباحة بطبيعتها بمقتضى القانون المدني من أملاك الدولة ؛ ولذا جاء في المادة الثامنة ما نصه : « الأموال المباحة هي التي لا مالك لها ،

ويجوز أن تكون ملكا لأول واضع يده عليها . ولا يجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل الا باذن الحكومة حسب الشروط المقررة فى اللوائح والقوانين » ومن هنا يفهم أن الحكومة قد اعتبرت ملكا لها ، وإن أقرت أنها فى الأصل من الأشياء المشتركة بالاباحة الطبيعية ، ولقد بينت ذلك لجنة المراقبة القضائية فقد جاء فى أحد منشوراتها « ان الحكومة مالكة لجميع الأراضى التى لا يمكن أحدا أن يثبت ملكيته لها ، وعلى ذلك فنأخذ أحجارا من أحد المحاجر سواء أكانت مستخرجة أم استخرجها هو بنفسه يعتبر سارقا لملك الحكومة ^(١) » .

وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات كفايا للملكية كالشأن فى كل الأموال المباحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون ، بل كانت ملكية الأراضى الموات لها طرق مقررة أخرى غير مجرد الاستيلاء ، وقد ذكر الشراح أن طرق ملكيتها ثلاثة :

(١) وضع اليد عليها . المدة الطويلة المقررة فى القانون ، وهى مدة خمس عشرة سنة ، وهذا سبب عام من أسباب الملكية يشمل المباح وغير المباح من الأموال ، وإن كان هو فى الأراضى الموات التى هى فى أصلها على الشركة الطبيعية أظهر ، وأكمل أثباتا ، لأنها لم تتعلق بها ملكية أحد من الناس ، فيكون وضع اليد تلك المدة مثبتا للحق ، من غير أن ينفى حقا ثابتا يناقضه ، وعلى هذا فهو يثبت فى الأرض الموات الحق فى الملكية من غير أى ظلم يلابسه .

(٢) وضع اليد من غير تقييد بمدة معينة ، وهذا لا يثبت الملكية إلا باذن من الحكومة ، ولا بد للاذن من اجراءات أشارت إليها المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، وبينها الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ وخلاصتها أنه لا بد من تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية ، وتصديق

(١) هامش كتاب الملكية العقارية فى مصر للاستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك

مجلس الوزراء ، وتحرير حجة مشتملة على شروط الاعطاء ^(١) ، وإن كان تحرير تلك الحجة من حيث قوته محلا لخلاف في الفقه وفي القضاء ، فبعضهم يعتبره جزءا متما لاجراء نقل الملكية ، وبعضهم يعتبره دليلا على النقل ، وليس جزءا من أسبابه .

(٣) الزرع أو الغرس ، أو البناء ، فإذا زرع شخص في الأراضى الموات ، أو بنى فيها بناء أو غرس أشجارا اعتبر مالكا لها بهذا العمل ، بشرط ألا تنقطع يده عنها مدة خمس سنين في الخمس عشرة سنة التالية لحياء الموات . وقد نصت على هذا ، وعلى ما سبقه المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، وهذا نصها : « أما الأراضى الغير المزروعة المملوكة شرعا للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها ، إلا باذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة ابعادية تطبيقا للوائح . إنما كل من زرع أرضا من الأراضى أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراسا يصير مالكا لتلك الأرض ملكا تاما ، لكنه يستقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » .

وهنا يثار بحث في نقطتين احدهما في مدة خمس السنوات أهى خمس متتابعة أم يجوز أن تكون متفرقة ؟ وثانيتها في اذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع أهو لازم أم غير لازم ؟ أما عن الأولى منهما فعبارة القانون ليس فيها نص مبين صريح بتعيين أى الحالين ، ولذلك يصح أن يقال ان النص لم يشترط أن تكون السنوات الخمس متتابعة ؛ فتشمل الحالين حال التتابع وحال التفرق ، ولا يصح ايثار احدهما على الأخرى بالاعتبار ، وعلى هذا فتى ترك الاستعمال خمس سنوات ولو بتفرقات في مدة الخمس عشرة سنة سقطت الملكية . ويصح أن يقال ان خمس السنوات يجب أن تكون متتابعة ، لأنها المتبادر الى الفهم من عبارة القانون ، والقوانين تفهم بظواهر دلالاتها أولا ، ولأن الملكية ثبتت بالغراس أو البناء أو الزرع ، فلا تسقط الا بلفظ صريح فى الاسقاط ، ظاهر الدلالة فيه قاطع

(١) راجع فى كل هذا كتاب الملكية المقاربية فى مصر لاسناذنا الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك .

غير قابل لاحتمال غيره ، وذلك لا يكون الا اذا كانت السنوات الخمس متتابة ، أما غير المتتابة ، فليست الدلالة عليها بظاهر النص أو قطعية فيه ، بل هي احتمال فيه ، ولا تسقط الملكية الثابتة بالاحتمال^(١) . « ولأن قصد الشارع أن تكون مدة عدم الاستعمال متتابة ؛ لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك بخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط »^(٢) .

وأما لزوم إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع فقد اختلف القضاء فيه ، فبعض المحاكم لم يشترط الاذن وبعضها اشترطه ، بل تثبت الملكية بمجرد الاحياء في نظره .

وقد احتج الفريق الأول : (١) بأن المادة ٥٧ ذكرت حالين احدهما حال الملك بالاذن ، والثانية حال الملك بالغرس أو البناء أو الزرع ، ولاشك أن الحالين يجب أن تكونا مختلفتين من حيث الحكم والأثر ، ولا اختلاف بينهما الا من حيث الاذن وعدمه ، فقد كان الاذن عماد الملكية في الحال الأولى ، فلو كان عمادها في الثانية ما كان لذكرها معنى ، وكانت لغوا من القول ، وذلك ما لا يعقل وجوده في نصوص القوانين (٢) وبأن الحكمة في وضع الفقرة الثانية من المادة المذكورة تشجيع الناس على استغلال الأراضي الموات ، حتى تنمو بذلك ثروة البلاد ، وهذا يجعل للزارع والغارس والبانى ميزة على غيرهم من المستولين على الأراضي الذين يسمح لهم استيلاؤهم بالملكية ، وذلك لا يكون الا باعنائهم من الاذن الذى يجب في ملكية غيرهم ، والا كانوا معهم سواء ، بل انهم يكونون أدنى حالا منهم ؛ لأن ملكيتهم تسقط بالترك خمس سنوات في مدة خمس عشرة سنة ، بينما لا تسقط ملكية من أخذوا بصفة ابعادية بذلك ، وذلك تخريج بعيد عن الانصاف بعده عن العقول .

(١) في أصول الفقه الاسلامى قاعدة ، لو طبقت في هذا المقام لرجحت اشتراط التابع ، وتلك القاعدة هي أن المطلق اذا أطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، ولفظ خمس سنين مطابق فينصرف الى الفرد الكامل ، وهي خمس السنين المتتابة .

(٢) راجع كتاب الملكية العقارية في مصر النوه عنه سابقا .

(٣) وانه لا خطر على الحكومة ولا خوف على أراضيها من الملكية ، بغير اذن ، لأن الأراضي الموات اذا أحيها غارس أو باني أو زارع استفادت منها الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران ، وذلك يدر على مالية الحكومة أموالا من الضرائب التي تفرضها على الأرض بعد أحيائها بعد أن كانت لا تستفيد منها شيئا قليلا أو كثيرا .

وقد احتج الفريق الثاني بأن من يريد الانتفاع بأى جزء مما تملك الدولة لا يستطيع الانتفاع به الا باذنها ولا يتصور أن ملك المنفعة أو حق الانتفاع يحتاج الى الاذن ، ولا تحتاج الملكية التامة الى الاذن . والفرق بين فقرتي المادة ٥٧ ليس في الاذن وعدم الاذن ، ولكن الفرق في أن الغرس أو البناء أو الزرع يجعل الملك تاما بمعنى أنه ليس للحكومة أن تسحب الاذن الا اذا سقطت الملكية بالتترك المنوه عنه ^(١) ، وأما عند عدم الزرع أو البناء أو الغرس ، فللحكومة أن تسحب الاذن في أى وقت شاءت .

(٢) وبأنه وإن كان من فائدة الحكومة إحياء موات الأراضي تصبح أراضيها عرضة للضياع ، اذا كان كل غارس وباني وزارع يصبح مالكا بمجرد غرسه أو زرعه أو بنائه ، وقد يضيع الصالح بمجوار غيره اذا فتح الباب على مصراعيه ، فالأولى سد النزاع بجعل الملكية للموات محصورة في الاذن ، والمادة ٥٧ تقبل ذلك ^(٢) ، ولا تمنعه .

٦١ — من كل ما تقدم يستفاد أن القانون المدني يتقارب من مذهب أبى حنيفة في الجملة ، فهو لم يعتبر الأراضي التي لا مالك لها من الناس خالية من الملك ، بل اعتبرها ملكا للدولة ، وهى بهذا تمتاز عن سائر المباحات ، وبما يقرب من ذلك قال أبو حنيفة ، ولم يعتبر بمجرد إحياء الموات في نظر القانون المدني سببا للملكية ، بل اشترط في بعض تحريجاته ، وهو ما نميل اليه اذن ولى الأمر مع الاحياء ؛ ليكون الملك تاما .

(١) وهو ترك مدة خمس السنوات من غير استغلال في مدة الخمس عشرة سنة .

(٢) قد لحصنا أدلة الفريقين من كتاب الملكية العقارية في مصر .

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدنى اعتبر وضع اليد بالأذن سببا للملكية مع أن أحدا من الأئمة لم يقل ذلك فى الاحياء ، لأن التحجير لا يعتبر سببا للملكية باتفاق الأئمة ؛ الا اذا فرضنا أن الأذن من الحكومة تمليك وهبة ، وعلى ذلك لا يكون السبب فى الملكية وضع اليد ، ولكن السبب الهبة والاعطاء ، وعلى أى حال يلاحظ أن فى هذا فرقا بين الشريعة والقانون فى الاحياء ، ولكن يلاحظ أن المادة السابعة والتحسين عبرت بالأراضى غير المزروعة وبما شمل ذلك الموات وغيره من الأراضى ؛ اذ عسى أن يكون من الأرض غير المزروعة ما هو صالح للزراعة ، ولكن الإهمال هو الذى جعلها غير مزروعة .

وهناك فرق آخر بين القانون والأقوال الراجحة فى الشريعة ، وهو سقوط الملكية بعد الزرع والاحياء ، اذا ترك الاستعمال خمس سنوات ، فان أكثر الفقهاء لا يقر سقوط الملك بعد الاحياء ، ولو عاد مواتا ، وخالف فى ذلك مالك فقط . ومع ذلك لا نرى فى مذهبه تقدير الترك بخمس سنوات ، ولا تقييدها بأن يكون فى مدة خمسة عشر عاما من تاريخ الاحياء ، وعلى أية حال نرى أن القانون فى هذه الجزئية أقرب الى مذهب مالك من غيره .

الاستيلاء على الركاز

§ ٦٢ — الركاز فى اللغة جمع ركزة ، وهى القطعة من جوهر الأرض المركز فيها ، ويصح أن يكون اسم جنس جمعى مفردة ركازة ، وهى بمعنى ركزة ، وعلى ذلك فالركاز كل ما يشتعل عليه باطن الأرض من جوهر ، هو فيها بأصل خلقها وتكوينها ، كالذهب الفحل والفضة ، والأحجار الكريمة ، والقحم الحجرى ونحوه ، ويسمى معدنا ، أو بوضع الانسان ، ويسمى كنزا ، ولقد جاء فى القاموس ما نصه : « الركاز ما ركزه الله تعالى من المعادن أى أحدثه ودفين أهل الجاهلية ، وقطع الفضة والذهب من المعدن وأركز وجد الركاز^(١) » وعلى ذلك يكون (١) ويمثل ذلك ورد فى أساس البلاغة للزمخشري . ولما جاء فيه : « أركز : أصاب ركاز أو معدنا أو كنزا » .

التفسير اللغوي للركاز شاملا للمعادن والكُنُوز سواء أكانت مودعة باطن الأرض قبل الاسلام أم كانت مودعة بعده .

ولكن عرف بعض الفقهاء خالف ذلك العموم اللغوي ، ولذا جاء في النهاية لابن الأثير ، عند تفسير كلمة الركاز في الحديث : « وفي الركاز الخمس » ما نصه : « الركاز عند أهل الحجاز ^(١) كنوز الجاهلية المدفونة في الأرض ، وعند أهل العراق المعادن ، والقولان تحتلها اللغة ؛ لأن كلا منهما مركوز في الأرض أى ثابت ، يقال ركزه يركزه ركزا إذا دفنه » .

وهنا نجد الفقهاء قد اختلفوا في معنى الركاز الوارد في الحديث السابق ، فمالك والشافعي وكثيرون من الفقهاء يقصرون الركاز على دفن أهل الجاهلية ، وأبو حنيفة والثوري وغيرهما يقولون إن الركاز يشمل نوعين : المعدن ، والكَنْز ، لأنه في اللغة كذلك ، وليس ثمة من مقتضى للتفريق بين المعنى اللغوي والشرعي ، وجعل هذا أخص من ذلك ، والتخصيص تحكم ، لادليل عليه . بل قد ذهب بعضهم الى أن الركاز حقيقة في المعدن مجاز في الكنز سواء أكان جاهليا أم إسلاميا وان ذلك الاختلاف كان أساس اختلاف الآراء الفقهية .

٦٣ — وقد انبنى على اختلاف الفقهاء في معنى الركاز اختلافهم في أحكام المعادن التي تكون في باطن الأرض ، فمالك رضي الله عنه لم يخصها لأنها ليست ركازا ، وعنده قولان في أحكام المعادن وقد ذكرهما ابن رشد في مقدماته (أحدهما) أن المعادن ملك للإمام ، وليست بملك لصاحب الأرض والأمر فيها الى الإمام يقطعها لمن يشاء ، ويعطيها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد طول حياته أو مدة من الزمان من غير أن يملك أصلها ، وتؤخذ منه الزكاة ان كان فيها زكاة ، ولقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القبيلة ^(٢) ، وكان لا يأخذ منها الا الزكاة ، ولأن الذهب والفضة في الأرض أقدم

(١) الراجح أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق فقهاء الحجاز ، وفقهاء العراق ، ولا يصح أن يريد عموم الناس في الاقليتين ، والا كان ذلك اطلاقا لغويا مختلفا في الاقليتين ، ويكون مانقضا لقوله بعد ذلك : والقولان تحتلها اللغة .

(٢) نسبة لقبيل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة سير خمسة أيام .

من ملك المالكين ، وملكهم انما عرض لظاهر الأرض دون ما فى جوفها ، فبقى ما فى جوفها فيثا للمساكين ، يتولاه عنهم ولى أمرهم ، وينفق فى مصالحهم .

وهذا القول يتفق مع ما يدعو اليه الاشتراكيون فى أوروبا ، فهم يدعون الى أن تكون المناجم ملكا للدولة ؛ لأنها مصدر عظيم للثروة ، يدر الربح الكثير من غير عمل يتناسب مع ما تأتى به من در وخير ، وملكيتها للأحاد يؤدى الى أن يكون فى الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل ، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيرا يتفق مع ما بذلوا من كد ولغوب . والثروة لا تكون موزعة توزيعا عادلا متناسبا بحمل حياة الجماعة منسجمة متلائمة ، إذ يكون بعض الناس يملكون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحراث ، والسيارات قد خرجت على الناس بزينتها أو ما تحمل من متع الحياة ولهوها مخترقة الميادين والسبل ، وبجوار هؤلاء الرافعين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لا يجدون ما يتبلغون به ، قد علتهم صفرة ترهق اقتره من شدة الجوع والفاقة ، فكان من العدل أن تكون المناجم ، وهى تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكا للدولة ، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والمتعطلين ، والفارين ، وفى سبيل الله وابن السبيل .

هذه وجهة نظرهم فى هذا الزعم ، وتلك نتيجة مقدماتهم . ولا شك أن ذلك القول من مذهب مالك يتلاقى فى جملته مع بعض ما تنتجه مقدماتهم ، وبعض ما ترى اليه آراؤهم .

القول الثانى أن المعادن تابعة للأرض ، فإن كانت فى أرض حرة أو فى أرض العنوة^(١) أو فى القياى والجبال التى هى غير مملوكة لأحد كان أمرها الى الامام يقطعها لمن يعمل فيها ، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له ، ويأخذ منها الزكاة ان كانت الزكاة فيها واجبة . وان كانت فى أرض مملوكة فهى لصاحب الأرض ؛ لأنها تكون بمنزلة ما ينبت فيها من نبات . وقد

(١) الأرض العنوة (الأرض الخراجية) وهى مملوكة للدولة فما فى جوفها ملك لها أيضا .

رد هذا الدليل بأن المقايسة ليست كاملة بين الزرع والمعادن ؛ لأن الزرع ينبت بمد الملك ؛ فهو ثمرة من ثمراته ، وأما المعادن فهي في الأرض من قبل طروء الملك عليها ، وما كانت داخلية في ملك المالك عند وجود أسبابه .

وعلى هذا القول تكون الزكاة واجبة في الذهب والفضة بمجرد العثور عليهما إذا كانا قد بلغا نصاب الزكاة ، ولا يشترط أن يحول الحول لوجوبها ، بل لا يشترط أن يكون الرجل غير مدين كالشرط في زكاة النقدين ، وذلك لأن الذهب والفضة لما وجدا في الأرض كانا نماء لها ، فأشبهها الزرع من هذه الناحية ، والزرع تجب فيه الزكاة من غير اشتراط الحول ، ومن غير اشتراط الخلو من الديون .

غير أن الزكاة ، وهي ربع عشر الخارج تجب في معدن الذهب والفضة إذا خرج بمجد ومشفقة وعمل كثير ، أما إذا خرج بغير جهد كبير ، بل بعمل يسير أو بغير عمل فقيه الحس لبیت المال . ولا يكون فيه مقدار الزكاة فقط ؛ لأنه في هذه الحال يشبه دفين الجاهلية ، وفيه الحس لبیت المال .

٦٤ — هذا مذهب مالك في المعدن ، ومذهب الشافعي فيه ، قريب من القول الثاني فهو لا يرى أن ليس في غير الذهب والفضة من المعادن شيء يؤخذ ، ويرى أنه لا يؤخذ شيء إلا إذا بلغ ما استخرج من باطن الأرض حد الزكاة ، لأن ما يؤخذ إنما هو على سبيل الزكاة ، ويختلف عن القول الثاني في مذهب مالك في ثلاث نقط (الأولى) أن الأرض للباحة يكون المعدن فيها على مذهب مالك للإمام ، على ما ذكرناه ، وأما عند الشافعي ، فيكون المعدن لمن وجده ، وتجب الزكاة إن بلغ نصابا . (الثانية) أن الزكاة هي الواجبة سواء ما استخرج كان بمجد يسير أم بمجد كبير وذلك عند الشافعي ، أما مالك ، فقد علمت أن الخارج بمجد يسير أو بغير جهد قط ، فالواجب فيه الحس . (الثالثة) أن الحول شرط في بعض الأقوال عند الشافعية ، ولذا جاء في المذهب ما نصه : « ويجب حق المعدن بالوجود ، ولا يعتبر فيه الحول في أظهر القولين ؛ لأن الحول يراد لتكامل النماء وبالوجود يصل النماء ، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر ، وقال البويطي لا يجب حتى يحول الحول ؛ لأنه زكاة في مال تتكرر فيه الزكاة ، فاعتبر فيها الحول كسائر الزكوات .

٦٥ — هذا قول الامامين الجليلين الشافعي ، ومالك في المعدن ، وبنوا
أقوالها على أن المعدن غير الركاز ، ولو كان المعدن داخلا في عموم الركاز لكان
داخلا في عموم الحديث الشريف : « في الركاز الخمس » ، أما الحنفية ، فهم يعدون
المعدن من الركاز ، ولذا يقولون إن المعدن التي تذوب بالنار يجب فيها الخمس ؛
لأن كلمة الركاز تشمل المعدن التي تذوب بالنار ، بل على التحقيق الركاز حقيقة
فيها مجاز في غيرها ، ولنترك القلم لأبي يوسف رحمه الله يوضح المذهب ،
فقد قال في كتاب الخراج ما نصه : « في كل ما أصيب من المعدن من قليل
أو كثير الخمس ، ولو أن رجلا أصاب في معدن أقل من وزن مائتي^(١)
درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالا فإن فيه الخمس ، ليس هذا على موضع الزكاة ،
انما هو على موضع الغنائم ، وليس في تراب ذلك شيء . انما الخمس في الذهب
الخالص ، وفي الفضة الخالصة ، والحديد والنحاس والرصاص . ولا يحسب لمن
استخرج ذلك من نفقته عليه شيء الا بعد تصفيته ؛ قد تكون النفقة تستغرق
ذلك كله ؛ فلا يجب اذن فيه خمس عليه ، وفيه الخمس حين يفرغ من تصفيته قليلا
كان أو كثيرا ، ولا يحسب له من نفقته شيء . وما استخرج من المعدن سوى ذلك
من الحجارة ، مثل الباقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمنيرة فلا خمس في
شيء من ذلك انما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب . ولو أن الذي أصاب شيئا من
الذهب أو الفضة ، أو الحديد ، أو الرصاص ، أو النحاس كان عليه دين فادح لم
يبطل ذلك الخمس عنه ، ألا ترى لو أن جندا من الأجناد أصابوا غنيمة من أهل
الحرب خست ، ولم ينظر عليهم دين أم لا ، ولو كان عليهم دين لم يمنع ذلك من
الخمس » .

ولم يقتصر أبو يوسف في أخذ الخمس على ما يستخرج من باطن الأرض ،
بل أوجب أخذ الخمس فيما يدسره البحر من حلية ولألىء ؛ ولذا قال في كتاب
الخراج : « وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلية وعنبر ، فإن فيما
يخرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس ، وأما غيرهما فلا شيء فيه ، وقد
(١) وزن مائتي درهم من الفضة أو العنبر مثقالا من ذهب هي نصاب الزكاة .

كان أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله يقولان : ليس في شيء من ذلك شيء ؛ لأنه بمنزلة السلمك . وأما أنا فإني أرى في ذلك الخس ، وأربعة أحاسه لمن أخرجه ، لأننا قد رويناه فيه حديثاً عن عمر رضى الله عنه ، ووافقه عليه عبدالله بن عباس ... فقد روى عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل يعلى بن أمية على البحر ، فكتب اليه في عنبرة وجدها رجل على الساحل يسأله عنها وعما فيها ، فكتب اليه عمر : « أنه سيب من سيب الله ، فيها وفيما أخرج الله جل ثناؤه من البحر الخس » وقال عبد الله بن عباس : « وذلك رأيي » .

٦٦ § — والذي يستفاد من كلام أبي يوسف في كتاب الخراج بصدد بيان مذهبه ومذهب سائر الحنفية ومما تذكره كتب الفقه أن المعادن ثلاثة (١) معادن صلبة تذوب بالنار وتنطبع ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس وغيرها ، مما يشبهها من فلزات الأرض ، (٢) ومعادن صلبة غير قابلة للانطباع والتذوب بالنار كالخس والكحل ، والفحم الحجري ، والماس ، والأحجار الكريمة التي تستخرج من باطن الأرض ، (٣) ومعادن سائلة كالزئبق والنفط . وقد جعل الخس في القسم الأول باتفاق الحنفية وحجتهم في ذلك :

١ — أن جل الأراضي الخراجية والعشرية كانت تحت أيدي غير المسلمين ، ولما فتحها الله على المسلمين صارت بمقتضى هذا الفتح في قبضة ولى أمر المسلمين يصرفها في مصلحة المسلمين بما يراه أقرب الى الإصلاح والعدل ، وأبعد عن الظلم والفساد ، فاما أن يبقوها في يد المغلوبين ، ويفرض عليها خراجاً ، واما أن يوزعها على الفاتحين ، يأخذ منها العشر مما تنتج من زرع ، وسواء أأبقاها في أيدي أصحابها أم انتزعها ووزعها على الغزاة فتصرفه فيها لا يعدو ظاهر الأرض وأجزائها التي هي من جنسها كالأحجار والمعادن الحجرية ، أما المعادن التي ليست من جنس الأرض ، وهى الفلزات التي تذوب بالنار وتقبل الطرق والسحب فالتصرف لم يتناولها ، وهى باقية على أصل يد الأمام ، ويكون حكمها حكم سائر الفنائم . والفنائم خمسها لبيت المال ، قال الله تعالى : « واعلموا أنما

غنم من شيء فإن الله خصه ، والرسول ، ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » وإذن فالمعادن التى توجد فى الأراضى التى لا مالك لها ، يكون خمسها لبيت المال ، لأن لها حكم هذه الفنائم ، وأربعة الأخماس تكون للواجد ، وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفكرة . وتساق أجزائها أن ترد أربعة الأجزاء للغزاة من الفاتحين بمقتضى أحكام الفنائم المقررة فى الفقه الإسلامى ، فإن لم يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم ، فإن لم يعرف الفاتحون أو ورثتهم فلبيت المال ، وقد أحيب عن هذه بأن أيدى الفاتحين كانت ثابتة على ظاهر الأرض بمقتضى الفتح ، وثبوتها على ما فى باطنها حكمى على أنه ثمرة للاستيلاء على الظاهر ، وقد كان هذا كافيا لإثبات خمس بيت المال . ولكن لا تكفى تلك اليد الحكيمة لإثبات حق للفاتحين ؛ لأن يد الواجد يد حقيقية ، واليد الحكيمة لا تعارض اليد الحقيقية فى إثبات الملكية ، لذلك كان الواجد أولى بأربعة الأخماس من الفاتحين ^(١) .

ب — قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « العجاء جبار ^(٢) ، والبير جبار ، والمعدن جبار ، وفى الركاز الخمس » . وقد أخذ أبو حنيفة وأصحابه من هذا الحديث دليلا على أن المعادن تجب فيها الخمس إذا كانت من غير جنس الأرض ؛ لأن كلمة الركاز تشملها إذ الركاز جمع ركزة أو ركازة ، وهما يطلقان على جواهر الأرض المدفونة فيها ، وعلى ذلك يكون فى المعادن التى تعتبر دفينه فى الأرض — وهى مائيس من جنسها — الخمس لبيت المال بمقتضى الحديث .

ولا يبنى هذا الاستدلال ، قول النبى صلى الله عليه وسلم فى صدر الحديث ، والمعدن جبار أى هدر لأن ذلك ليس معناه لاشيء فيه من الواجبات والقرائض المالية الواجبة لبيت المال ؛ بل ان المراد أن من يهلك بسببه أو من يهلك بسبب

(١) راجع فى هذا الهداية وفتح القدير والعناية والزيلعى والبدايع .

(٢) جبار معناه هدر ، ففسره المالكية والشافعية بمعنى انه لا شيء فيه خسا أو غيره ، والركاز على هذا يجب أن يكون شيئا غير المعدن ، وفسروه بأنه دفن الجاهلية من الكنوز .

العجاء أو بسبب الوقوع في البئر ، فقد هلك من غير دية واجبة ، ويطل دمه ويذهب هدرا ، وقد كان العرب قبل الاسلام اذا عطب الرجل منهم في قلب^(١) جعلوا القلب عقه ، واذا قتلته دابة جعلوها عقه ، واذا قتل مدن جعلوه عقه^(٢) ، فبين النبي صلى الله عليه وسلم أن شيئا من هذه الأشياء لا يكون عقلا لمن يقتل بسببها من غير تسبب أصحابها . وناسب بعد بيان حكم المعادن والمناجم إذا قتل فيها شخص أن يبين حق بيت المال فيها ، وهو حق الله سبحانه وتعالى ، فبين أنه الخمس ، وعلى ذلك لا يكون صدر الحديث منافي لتفسير الركاز بما يشمل المعادن ، بل على النقيض من ذلك يمد له ، ويهيء الأذهان لتقبله . وفي الحق ان ذلك الحديث موضع تنازع الشافعية والحنفية في الاستدلال ، فالشافعية اتخذوا منه دليلا على أن المعادن لا خمس فيها ، لأن صدر الحديث يبين أنها جبار لا شيء فيها ، وأن الركاز مقصور على ذفين الجاهلية ، والحنفية يتخذون من الحديث حجة لهم على النحو الذي بيناه ، وإنا نميل الى تخريج الحديث على مقتضى مذهب الحنفية ، لأننا لو فسرنا كلمة جبار بمعنى لا شيء فيه ، كان المعنى أن كل معدن لا شيء فيه ، وكل دابة لا شيء فيها مع إجماع العلماء على أن من الدواب ما فيه الزكاة ، ومن المعادن ما فيه الزكاة ، وإذن فالأولى أن تفسر كلمة جبار بما لا يتنافى مع ما هو مقرر في الشرع الاسلامي ، وهو ما فسرها به الحنفية ، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور ، فهو أخرى بالقبول .

ج — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في السيوب الخمس » والسيوب هي عروق الذهب والفضة ، واذا كان الذهب والفضة قد وجب فيهما الخمس ، فكل ما يشبههما في خواصهما من قابليته للانصهار والتدد بالحرارة والطرق والسحب والانطباع له حكمهما ، لأنه ليس من جنس الأرض مثلها ، فهو ذفين فيها فله حكمهما .

(١) القلب البئر والعقل الدية .

(٢) راجع في هذا كتاب الحراج لأبي يوسف .

§ ٦٧ — وإذا كان الحس في المعادن القابلة للانطباع لبیت المال فأربعة
الاخماس للواحد ، وذلك بالاتفاق عند الحنفية اذا كانت الأرض ليس لها مالك .
وإذا كانت الأرض مملوكة ملكا خاصا ، ففي المسألة روايتان : رواية أنه لا خمس
فيها لبیت المال ، بل يكون كل المعدن بالملكها ؛ وذلك لأن المالك قد ملك
الأرض بكل أجزائها ، ولا شك أن المعادن كیفها كان نوصها تعتبر من أجزاء
الأرض ، لا من دفاتها ، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض في ملكيتها لصاحبها ،
والرواية الثانية — وهي رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة وهي رأى الصاحبين —
أنها يؤخذ منها الحس ، وأربعة الأخماس تكون للمالك ، وهذا هو الراجح ، لما
ذكرنا من الأدلة ، وما سقناه من البراهين ، فانها بعموم ما تنتج من أحكام تشمل
معادن الأرضي المملوكة والأراضي غير المملوكة ، ولا دليل على تخصيصها بمعادن
غير المملوكة ، فما لم يعم الدليل ، فالنتيجة على عمومها .

٦٨ — وان كان هذا المعدن في دار لا في أرض زراعية ، فقد اختلف
فيه الامام وصحابه ، فالصاحبان يريان أن فيه الحس لبیت المال ، وأربعة
الأخماس للمالك ؛ لعموم الأدلة التي تثبت أن في المعادن الحس لبیت المال ، وقد
بينناها في النبذة السابقة .

وقال الامام : انها لا خمس فيها ، بل كلها للمالك الأرض ، وحجته في ذلك
أن الضرائب المالية لا تفرض على الدور في الاسلام ؛ لأن المفروض في الدور
أنها من حاجات الانسان الأصلية ، وقد كانت كذلك في غابر الأزمان في عصر
ازدهار النهضة الفقهية الاسلامية ، بل كانت الضرائب خراجا أو عسرا على
الأراضي الزراعية ، وإذا كانت الدور بمقتضى ما تنتج قواعد الفقه الحنفى ليس
عليها مؤن ولا فرائض مالية ، فكذلك كل ما يتصل بها ، وكل ما هو من أجزاء
أرضها لا مثونة فيه ، ولا ضرائب تجب منه ، والمعادن كیفها كانت حالها جزء من
أرض الدار إن وجدت فيها فلها حكمها ، فلا يكون ثمة فريضة مالية ، وعلى ذلك
لا يكون فيها خمس .

§ ٦٩ — تبين مما تقدم أن المعادن التي تقبل الانصهار بالنار والانطباع فيها الجنس باتفاق فقهاء الحنفية في الجملة ، وإن اختلفوا في بعض التفصيل على النحو الذي ذكرناه ، وقد اتفقوا على أنه لا خمس في المعادن الحجرية ، لأنها جزء من الأرض ومن جنسها ، فهي تابعة للأرض من كل الوجوه ، فإن كانت الأرض لا مال لك لها ، فهي لواجدها ، وإن كانت الأرض مملوكة فهي للمالكها ، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن السائلة ما عدا الزئبق ، فلا خمس فيها بالاتفاق ، لأنها تشبه الماء ، فهي لحرزها ؛ لأن الماء يملك بالاحراز ، ولا خمس فيه لبيت المال .

ولكنهم اختلفوا في موضعين : أحدهما في الزئبق أفیه الجنس أم لا خمس فيه ؟ وفي لآلء البحار أفیها الجنس أم لا . فأما الزئبق ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ان فيه الجنس لأنه يشبه الرصاص ، فهو من القلزمات المعدنية وإن كان سائلا . وقال أبو يوسف انه سائل ، فهو كالزئبق الأرضية كالبتروك ونحوه ، وقد كان هذا رأى أبى حنيفة ، والأول رأى أبى يوسف ، ولكن رجع كلاهما عن رأيه الى الآخر ، فقد جاء في البدائع وشرح الزيلعى أن أبایوسف قال : « سألت أباحنيفة عن الزئبق ، فقال لا خمس فيه ، فلم أزل به حتى قال فيه الجنس ، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ، ثم بلغنى بعد ذلك أنه ليس كذلك ، وهو بمنزلة القير والنفط » .

وأما ما يوجد في البحار من لآلء وعنبر ، بل ذهب وفضة وغيرها من المعادن فلا خمس فيه عند أبى حنيفة ومحمد ؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه قال لا خمس فيه ، ولأن سبب الجنس في المعادن التي ذكرناها يد الامام على الأرضى المفتوحة ، وما في باطنها ، وليس للامام يد على البحار ، ولأن ما يؤخذ من البحار يشبه الأسماك التي تصاد منها وليس لبيت المال الجنس في الأسماك . وقال أبو يوسف فيما يلقيه البحر الجنس ، وحجته في ذلك أن عمر رضى الله عنه أخذه منه .

§ ٧٠ — ما ذكرناه كله كان في المادن ، وهو خلاصة آراء الأئمة فيها ، أما الكنوز ، فقد اتفق الفقهاء على أن ما كان عليها شعار يدل على أنها دفنت في الأرض بعد الاسلام فهي كنوز اسلامية ، تجرى عليها أحكام اللقطة ، فيعرف لاقطها عنها المدة المقررة لأمثالها من الأشياء ، فإن عرف مالکها أخذها ، وإن لم يعرف مالکها ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم من مصارف المصداقات ، ولا مانع حينئذ من أن ينفقها في شئونه الخاصة إن كان فقيرا تجرى عليه الصدقة ، ويجزى فيه الزكاة .

وإذا لم يكن على الكنوز شعار يدل على أنها دفنت قبل الاسلام ، كما لم يكن ما يدل على أنها دفنت بعده فالفقهاء المتقدمون كانوا يقولون انها تكون جاهلية ، ويجرى عليها أحكام الكنوز الجاهلية التي سنينها فيما يأتي ، لأن الأغلب الشائع في عصرهم أن الكنوز من وضع أهل الجاهلية ، ولكن خلف من بعد هؤلاء الفقهاء خلف رأوا تطاول العهود الاسلامية ، وتقدم العهود الجاهلية ، وبعد المدى بينهم وبينها ، فاعتبروا لذلك كل كنز ليس عليه شعار يدل على دفنه في الجاهلية أو بعد الاسلام — اسلاميا ، اذ ذلك هو القريب الى الظن الراجح ، لطول الأمد ، وتقدم الأزمان . وهذا كلام في ذاته مقبول .

§ ٧١ — هذا بإيجاز رأى العلماء في الكنز الاسلامي . أما رأيهم في الكنز الجاهلي ، وهو دفن أهل الجاهلية الذي اشتمل على ما يدل على ذلك ، أو لم يتم دليل على أنه دفن أهل الاسلام على الخلاف الذي أسلفناه — فقد اتفقوا على أساس فيه ، وهو أخذ خمسة لبيت المال ، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث المشهور (وفي الركن الخمس) عليه ، وإن اختلفوا في أنه يشمل المادن أو لا يشملها .

٧٢ — ومع اتفاقهم على هذا الأصل ، وهو أن دفن الجاهلية فيه الخمس لبيت المال اختلفوا في تفصيلات حول هذا الأصل ، وجملة ما اختلفوا فيه :

(١) نوع الدفين الذي يجب فيه الخمس ، (٢) والأراضي التي يجب فيها يوجد فيها من الدفائن الجاهلية الخمس ، (٣) ومقدار الدفائن التي تخمس .

أما نوع الدفين فقد قال فقهاء الحنفية والمالكية : ان كل دفين ذى قيمة سواء أكان من المعادن القابلة للانصهار أم من المعادن الحجرية كالباقوت والماس يخمس ؛ وذلك لأنه فى معنى الفنائم اذ هو على حكم ملك الجاهليين ، واستولى عليه ، والفنائم يؤخذ خمسها لبيت المال ، ولأن النص « فى الركاز الخمس » يشمل من غير تفرقة بين معدن ومعدن ، ولا بين نوع ونوع ، وفى مذهب الشافعى أن الأثمان ، وهى الذهب والفضة فيها الخمس ان كانت من دفائن الجاهلية ، أما غير الأثمان ففى المذهب القديم يجب الخمس ؛ لأن عليه حقا مقدرا بالخمس ، فلم يختص بالأثمان كخمس الغنيمة . وقال فى الجديد لا يجب الخمس فى غير الأثمان ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فالخمس بالأثمان كالمعدن عنده .

ومثل هذا جرى الخلاف فى اشتراط مقدار نصاب الزكاة فى الدفين ، فالأئمة والمذهب القديم عند الشافعى لا يشترطون ثبوت الخمس نصبا ، لأن الخمس لا يؤخذ على موضع الزكاة ، بل يؤخذ على أنه غنائم ، والفنائم تخمس أيا كان مقدارها . ولأن ما يخمس كثيره يخمس قليله . وفى مذهب الشافعى الجديد لا يخمس ما دون النصاب ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن عنده .

وأما الأراضى التى يؤخذ خمس ما فيها من كنوز الجاهلية ، فهى كل الأراضى من غير قيد ولا شرط ، سواء أكانت أراضى خراجية أم أراضى عشرية ، وسواء أكانت مباحة أم مملوكة ملكا خاصا ، وسواء أكانت جبالا أم صحراء أم مزارع . وفى مذهب الشافعى أن الخمس لا يؤخذ الا من الكنز الجاهلى الذى وجد فى أرض موات أو أرض غير موات لم يعرف مالكةا ؛ لأن الموات لا مالك له ، وما لا يعرف مالكة بمنزلة الموات وأما فى غير هذين النوعين من الأراضى فلا خمس ، بل كله للمالك ، اذا كان المالك مسلما أو ذميا .

§ ٧٣ — وهذه خلاصة ما يقال فى نوع الكنز الجاهلى الذى يجب فيه

الحبس ، ومقداره ، والأراضى التى يوجد فيها والاختلاف فى ذلك ومنه يتبين أن مذهب الحنفية لا يعين فيه نوعا خاصا ولا مقدارا خاصا ، ولا أرضا خاصة ، بل فيه كله الخمس . أما أربعة الأخماس ، فذهب أبى يوسف انها للواجد ، وكذلك الشافعى ، لأن الشافعى لا يفرض الحبس فى ركاز الا فى أرض ليس لها مالك ، فمن البدهة أن تكون أربعة الأخماس للواجد ؛ لأنه لا منازع ينازعه ، أما أبو يوسف الذى يفرض كسائر الحنفية أن الحبس حق مقرر لبيت المال فى الكنوز الجاهلية كلها ، مهما تكن حال الأراضى التى يكون فيها ، فحجته فى حكمه بأن أربعة الأخماس تكون للواجد — أن هذه الكنوز غنيمة والغنائم لمن استولى عليها ، وأول مستول عليها فى الاسلام هو الذى وجدها وعثر عليها ، فهو بهذا الاعتبار المالك لها ، وما الحبس الذى يؤخذ منها الا على هذا الوجه ، ولأن أول مالك للأرض فى الاسلام الذى اختطها الامام له ، وأعطاه إياها ما ملك الا الأرض وما هو من أجزائها ، ولا شك أن هذه الكنوز ليست جزءا من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذى اختطت له ، وإذا باع المالك الأرض لغيره فالبيع ما وقع الا على ما يملك وهو الأرض وأجزائها ، والكنز الجاهلى ليس منها ، بل هو باق على أصله ، وهو كونه غنيمة بحكم أنه مال جاهليين محاربين ، فهو لأول مستول عليه ، وهو الواجد ، وبيت المال الحبس .

وقال أبو حنيفة ومحمد ، وهو مذهب مالك ان أربعة الأخماس تكون للواجد ان كانت الأرض غير مملوكة لأحد ، وأما اذا كانت مملوكة ملكا خاصا فهي لأول مختط فى الاسلام ، أى لأول من تلقى ملكية هذه الأرض من الامام عند ما فتحتها المسلمون ، ووزعها الامام ، فان لم يكن المختط حيا فلورثته . فان لم يعرف أول مختط ولا ورثته ، فقبل تكون لبيت المال ؛ لأنه وارث من لا يعرف له وارث ، وقبل تكون لأقصى مالك معروف فى الاسلام ، ولورثته من بعده ثم لبيت المال ، وعلى أية حال فلب الفكرة أن أربعة الأخماس لا تعطى للمالك الأرض وقت العثور على الكنز باعتباره مالكا لها الآن ، ولا تعطى للواجد وانما تعطى لأول مختط على التفصيل الذى يبناه ، ووجهة نظر أولئك الأئمة فى البحث

عن أول مخطط أو ورثته واعطائه أربعة الأخماس أن الامام عند ما أعطاه الأرض ،
انما ملكه إياها ، لأنه هو وسائر الفاتحين قد استولوا على الأرض بما فيها ، لأن
الاستيلاء واقع على الجميع ، ولذلك يكون توزيع الامام للأراضي واقعا على الأرض
وما فيها أيضا ، فيكون صاحب الخطة على تلك الأرض التي ظهر فيها الكنز الجاهلي
مالكا للكنز بمقتضى امتلاكه للأرض بتوزيع الامام . وانتقال الملك من
صاحب الخطة الى غيره بمقد من عقود نقل للملكية يرد على الأرض من غير
الكنوز التي في داخلها ؛ وذلك لأن العقود ترد على ما هو محلها ، وموضعها ،
وموضع العقد الأرض لا ما في باطنها ، والذي لاحظته العاقدان عند العقد هو
الأرض من غير أن يلاحظ ما في باطنها ، وعلى ذلك تكون أربعة أخماس
الكنوز الجاهلية لصاحب الخطة ولورثته من بعده ، ولو انتقلت ملكية الأرض
لغيرهم ؛ لأن العقود الناقلة للملكية لم ترد عليها ، فلم تنقل من صاحب الخطة
أو ورثته ، ونظير ذلك من يصطاد سمكة قد ابتلعت لؤلؤة ، أو يصطاد طائرا
قد ابتلع فصا من الأحجار الكريمة ، ثم يبيعهما غير عالم بما في باطنها ، فان
ملكية اللؤلؤة والحجر الكريم الثابتة بالاستيلاء لاتزول بمقد البيع ؛ لأن عقد
البيع قد ورد على السمكة من غير لؤلؤة ، وعلى الطيور من غير الحجر الكريم ،
فالملكية فيهما تستمر ثابتة للصائد بمقتضى الاستيلاء .

٧٤ — هذه كلمات موجزة في أحكام المعادن والكنوز في الشريعة
الاسلامية ، والأصول التي بنيت عليها ، والآن نريد أن نشير الى كلمة القانون
المدني المصري في المعادن والكنوز .

أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض في ملكيتها ، فان كانت الأرض
مملوكة ملكا خاصا فهي لذلك المالك ، وان كانت مملوكة للدولة ملكا خاصا أو
عاما فهي للدولة ؛ لأن من ملك الأرض قانونا ملك ما فوقها ، وما تحتها ، وما على
سطحها ، وما في داخل جوفها ، لافرق في ذلك بين أن يكون فلزا من فلزات
الأرض ، أو حجرا من أحجارها ، أو ينبوعا من ينابيعها الزيتية .
أما الكنوز ، فهي لمالك الأرض ان كانت الأرض مملوكة ، ولواجدها

ان كانت الأرض غير مملوكة ، وذلك ان كان الكنز غير معروف صاحبه ، فان عرف صاحبه فهو له ، وذلك من غير تفرقة بين كنز جاهلى وغير جاهلى . غير أن هناك رسماً مقراً على ذلك قد بينته لألحة الرسوم . وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهذا نصها : « المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون للمالك تلك الأرض ، وإذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها » .

وهذه الأحكام العامة فى الكنوز لا تطبق على الكنوز التى تكون ذات قيمة تاريخية فى التعريف بعصر من العصور ، أو بأمر من أمور الأمة فى جيل من أجيالها ، وهى ما تسمى بالآثار ، فذلك قانون قائم به مستقل هو القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢ . وقد اعتبرت الحكومة بمقتضى هذا القانون كل أثر فى جميع أنحاء القطر المصرى يكون على سطح الأرض أو فى باطنها من الأملاك العامة الآثاراً قد استثنائها هذا القانون نفسه ^(١) .

وقد عرف ذلك القانون فى مادته الثانية الآثار بأنها كل ما أظهرته وما أحدثته الفنون والعلوم والآداب والديانات ، والأخلاق والصنائع فى القطر المصرى على عهد الفراعنة ، وملوك اليونان ، والرومان للدولتين الغربية والشرقية ، والآثار القبطية كعمابد وثنية ، وما هو مهجور وغير مستعمل من كنائس كبرى أو صغرى وأديرة ، وكحصون وأسوار مدن ، وبيوت وحمامات ، ومقاييس النيل ، وآبار مبنية وصهاريج وطرق ، ومحاجر أثرية ومسلات وأهرام ، ومصاطب ومقابر مبنية أو محفورة فى الجبل ظاهرة كانت على وجه الأرض أو غير ظاهرة ، ونقوش وتوابيت من أية مادة ، منخرفة كانت أو بدون زخرفة ، وأغطية المومياء المصنوعة من الورق المقوى ، وموميات الانسان والحيوان والصور والوجوه الصناعية للموميات ملونة كانت أو مذهبة ، وشواهد القبور والتماثيل الكبيرة أو الصغيرة سواء كان عليها كتابة أم لا ، والنقوش على الصخور ، والشقف المرسوم ، والنسخ

(١) المادة الأولى من هذا القانون — راجع المجموعة المدنية .

المكتوبة على الرق أو القماش أو البردى والأسلحة والعدد والمواعين ، والآنية والزجاج ، والصناديق الصغيرة ، وأدوات القرايين ، وأقمشة الملابس ، والملابس والخزاف ، والخواتيم ، والحلى ، والجعلان ، والتمايم من أى شكل وأية مادة كانت ، والمثاقيل ، والعملة القديمة ، والمسكوكات ، والقوالب والحجارة المحفورة .

وترى من هذا النص أن بعض الكنز الجاهلى دخل فى عموم ذلك القانون وكان بعض آحاده . ولكن الآثار العربية وهى ما يعتبر بعضها كنزا اسلاميا لم تدخل فى هذه المادة لأن مدى تلك المادة لا يتجاوز آثار اليونان والرومان ، والآثار القبطية ، ولذا لا يشمل ذلك القانون الآثار العربية . ولقد جاء حكما فى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ وفيه اعتبر الأصل فى الآثار العربية أن تكون ملكا للدولة كالأثار المصرية واليونانية والرومانية ، وقد اعتبر أثرا عربيا « كل ثابت أو منقول يرجع عهده الى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر ، وبين وفاة محمد على مما له قيمة فنية أو تاريخية ، أو أثرية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارة الاسلامية أو الحضارات المختلفة التى قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط ، وكانت لهاصلة تاريخية بمصر ويسرى حكم الآثار العربية على ما له قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة ، والتى تقام فيها الشعائر الدينية التى يرجع عهدها الى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحى ، وبين وفاة محمد على » . ومن كل هذا يستفاد أن الأصل فى الآثار سواء أكانت فرعونية أم مسيحية أم يونانية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكا للدولة ، وبذلك خالف القانون فى الآثار أحكام الشريعة فى الكنوز التى تعد منها سواء أكانت جاهلية أم اسلامية ، كما خالفها فى الكنوز التى لا تعتبر آثارا على ما بينا .

الصيد

§ ٧٥ — الصيد اسم لكل حيوان ممتنع على الانسان لا يمكن أخذه واحتيازه الا بعمل ، اما لتأبده فى القلابة أو طيرانه فى الهواء ، أو سبحه فى أعماق الماء ، وكل حيوان على هذا الوصف مباح لا يعتبر مملوكا لأحد ، ما دام لم يسبق

الاستيلاء عليه ، فان سبق أخذه بالاستيلاء عليه ، ثم انطلق منه وأبق ، فهو مملوك له وليس بمباح ، فالغزال ان استولى عليه شخص ، ثم أبق ، وعليه علامة تدل على سبق الاستيلاء كطوق فى عنقه ، فهو ملك لمن سبق اليه أولا ، ومن عثر عليه ثانيا يعتبر فى يده لقطة ، يجب التعريف عنها حتى يعرف صاحبها ، أو يستئثس اللاقط من معرفته على ما هو مقرر فى أحكام اللقطة ، فيتصدق بها على الفقراء ، أو تصرف فى مصارف الصدقات بتعبير أعم .

وإذا كان الحيوان الممتنع لم يثبت أن أحدا استولى عليه من قبل ، فهو مباح بملكه من يصطاده ، واصطياده أن يمسكه بالفعل ، كمن يطارد ظبياً ، حتى يمسكه ، وكمن يلقى شبكته ويستولى على السمك ويمسكه ، ويعتبر اصطياداً كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الامتناع ، وعدم القدرة عليه ، ويشترط لأجل أن يكون هذا الفعل اصطياداً مثبتاً للملكية شرطان : أحدهما أن يجعل الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة الى حاله الطبيعية التى كان عليها ، بحيث يصير فى مكنة الشخص أن يقبض عليه من غير أى معاناة . ثانيهما أن يكون قاصداً بذلك الفعل الاصطياد لأمر آخر ، وعلى ذلك يكون من الاصطياد حفر حفرة لتكون شركاً تتردى فيه الطباء أو أى حيوان متوحش ، فإذا وقع فيها ذلك الحيوان فبمجرد وقوعه يكون لحافر الحفرة ؛ لوجود الاصطياد الذى هو من نوع الاستيلاء على المباح ، بتحقيق الشرطين ، ومن يستولى عليه بعد ذلك بعد مقتضبا له من حافر الحفرة لذلك الغرض ، ومثل ذلك فى الحكم من هبأ مكاناً فى حافة الماء لاصطياد السمك فيه ، فجاء المكان سمك كثير ، فأخذ يصفى الماء منه ، حتى صار السمك بحيث يؤخذ باليد من غير معاناة بآلة أخرى للاصطياد .

ولا يعتبر اصطياداً إذا حفر بئراً ليستنبط منها ماء ، فوقع فيها ظهى مثلاً ولذلك لا يملك الظهى صاحب البئر بذلك الوقوع ، بل يملكه أى مستول بعد ذلك ، ولو كان غير صاحب البئر ؛ لأنه ما أعد البئر للصيد بل للماء ، فلم يتوافر الشرط الثانى ، وهو القصد ، ومثل ذلك فى الحكم ، من أعد بركة ليأوى إليها

السّمك ، وقلل الماء منها ، ولكن السّمك لا زال بحال لا يمكن فيها أخذه إلا بآلة اصطيد ؛ فإن السّمك لا زال غير مملوك لصاحب البركة ، ويملكه أى شخص يستولى عليه ، ولو كان غير صاحب البركة ، وذلك لعدم توافر الشرط الأول ، إذ لا زال السّمك ممتنعا ، وليس فى قدرة الانسان أخذه من غير آلة اصطيد .

وعلى هذا الأصل تنفرع فروع كثيرة ، ليس فى ذكر بعضها كبير فائدة وفى ذلك الإجمال غناء ، وبملاحظته تعرف أحكام هذه الفروع .

حيازة المباح

§ ٧٦ — الأشياء المباحة كالماء ، والكلاّ وأحطاب الجبال ، وفواكهها التى لا مالك لها وأحجارها ما دامت غير مملوكة لأحد ، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب للملكيتها ، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها ، أنشأت ملكيته تلك الحيازة ، هذه قاعدة عامة لكل الأشياء المباحة ، تطبق على ما ينطوى عليه عمومها من جزئيات ، وقد فصل الفقهاء الكلام فى نوعين من المباحات بعض التفصيل ، وهما الكلاّ ، والآجام وأنا نساير الفقهاء فى ذلك فنقول كلمة موجزة فيهما لكثرتهما فى البلاد الزراعية ، والمناطق ذوات الغابات .

فأما الكلاّ فهو ما ينبت من الأعشاب بغير بذر أحد ، وهو مباح سواء أنبت فى أرض غير مملوكة أم نبت فى أرض مملوكة ؛ لعموم قوله عليه السلام : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلاّ ، والنار » والشركة الثابتة بالحديث هى شركة الناس أجمعين ، وشركة الناس جميعا هى الإباحة للكافة من غير تخصيص أحد ، ولذلك اتفق فقهاء الحنفية من غير خلاف بينهم على أن الكلاّ إذا نبت ولم يسبق بفعل أحد ، ولو فى أرض مملوكة يكون على الشركة العامة الطبيعية ، وهى الإباحة ، ولكن اختلفوا فى العشب الذى ينبت فى أرض مملوكة من غير فعل أحد ، ولكن يستقى بفعل صاحب الأرض ، فقال بعضهم انه ملكه ؛

لأنه أحياه بالسقى ، فخرج بذلك عن أصل اباحته ، وقال الأكثرون ، وهو رواية ظاهر الرواية ؛ انه باق على الاباحة الأصلية ، لعدم الحديث ، ولأن النبات نماء البذر ، والبذر لم يكن مملوكاً لأحد ، فبماؤه وهو الزرع باق على حالة الاباحة الأصلية .

وإذا كان الكلاً مباحاً ، ولو كان فى أرض مملوكة ، فهو لا يعتبر مملوكاً لصاحب الأرض ، وإنما هو مملوك لمن يحتشه ، ولو كان غير صاحب الأرض ، وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحداً من قطعه ، ولكن له أن يمنع الناس من دخول أرضه ، إذا كانوا يجدون الكلاً فى غير أرضه ، أما إذا كانوا لا يجدونه فى غير أرضه ، وهم فى حاجة إليه خيروهم بين أن يخرجهم اليهم ليأخذوا حاجتهم منه ، أو يمكنهم ليدخلوا الأرض ، وينالوا منه مقدار ما يسد حاجتهم ، وقد بينا الأصل الذى تنبنى عليه هذه المسائل وأشباهاها عند الكلام على حق الشفعة ، فارجع إليه .

§ ٧٧ — هذه خلاصة موجزة لما قاله الفقهاء فى الكلاً ، أما الآجام ، فهي مباحة إذا كانت فى أرض غير مملوكة ، وذلك لبقائها على الشركة الطبيعية ، إذ لا مالك لها . وأما فى الأراضى المملوكة ، فهي ملك لأصحاب الأراضى ، وليست بمباحة ، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض ، وإن لم يوجد منه الانبات ، والفرق بينها وبين الكلاً ، أن الأراضى لا تقصد بالملكية لما فيها من الكلاً أو لما عساه ينبت فيها منه ، بل تقصد بالزراعة ، والكلاً يجبىء على غير رغبة المالك ، أو على غير مقصوده ، فهو باق على الاباحة ، لأنه لم يقصد قصداً أصلياً فى الانتفاع بالأراضى ، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض ، فلا وجه لخروجه عن أصل الاباحة ، أما الآجام فهي المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتتة عليها ، فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها ، وإذا كانت شيئاً مقصوداً بملكية الأراضى ، وهو من أوجه الانتفاع المقصودة فى الملكية كانت تابعة للأرض ، فهي ملك لصاحبها ، وليست باقية على الاباحة الطبيعية .

وضع اليد مدة طويلة

§ ٧٨ — قد تبين مما تقدم أن وضع اليد على المباح يعتبر السبب المنشئ للملكية لواضع اليد ، ولا يعتبر وضع اليد سبباً للملكية إلا في هذه الحال فقط ، فلا تعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتاً للملكية ، كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطاً لذلك الحق . وذلك لأن الحق لا يزول مهما يتقادم ، ومهما يتطاول به الزمن ، فمضى المدة لا يعطى حقاً لواضع اليد ، ولا يسقط حق ذى حق .

وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سبباً في منع سماع الدعوى عند الإنكار . أما مع الإقرار فالحق ثابت به ، فالدعوى تكون مسموعة .

والمدة التي قرر الفقهاء منع سماع الدعوى إذا مضت ، ولم يطالب صاحب العين أو الحق بها اختلفوا فيها . فقال بعضهم ست وثلاثون ، وقيل ثلاث وثلاثون سنة ، وقيل ثلاثون . والأكثر على أنها ثلاث وثلاثون . ويعلل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الإنكار بعد مرور زمن طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير ، ولقد جاء في المبسوط : « رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة ، ولم يكن له مانع من الدعوى ، ثم ادعى لاتسمع دعواه ، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً » . ولعل الفقهاء نظروا في تقدير المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة — أو ما يقاربها عند بعضهم — إلى أنه بعد مضي هذه المدة يظن أن الشهود الذين عاينوا الاعتصاب أو سبب الحق لدى الحق يكونون قد ماتوا غالباً ، والأدب في الشريعة الإسلامية يقوم على البيئات أخذاً بالأثر المشهور : البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر .

§ ٧٩ — هذه هي المدة التي عينها الفقهاء ، واجتهدوا فيها آراءهم ، ولكن مالك آل عتيان استطالوا هذه المدة ، ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة

خمس عشرة سنة ، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والارث . ومنهم من استثنى مع ذلك مال اليتيم ، وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الانكار بالنسبة لهذه المستثنيات هي ثلاث وثلاثون سنة ، وقد أخذت لأئمة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضى مدة خمس عشرة سنة مبقية الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة .

وعلى ذلك يكون في المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان : أحدهما توقيت الفقهاء ، وهو ثلاث وثلاثون سنة ، وبقي العمل به في الوقف والميراث ، والثاني توقيت أولياء الأمر ، وهو خمس عشرة سنة ، والعمل به جار في كل الأقضية ما عدا الوقف والميراث . وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهي ، وأساس التوقيت الثاني ما لولى الأمر من سلطة تخصيص القضاء .

§ ٨٠ — وتبتدىء المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوغ لعدم المطالبة ، فان وجد هذا العذر المنسوخ فالمدة تبتدىء من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة ، فاذا كان موضوع النزاع عيناً فالمدة تبتدىء من وقت ظهور واضح اليد بمظهر المالك للعين ، واذا كان موضوع النزاع ديناً فالمدة تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للدائن لا من وقت ثبوت الدين في الذمة ، فاذا كان الدين مؤجلاً فالمدة تبتدىء من وقت حلول الأجل ، لا من وقت ثبوت الدين . كل هذا إذا لم يكن ثمة عذر فان كان عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زواله كما بينا .

والعذر المسوغ لتأخير ابتداء المدة الى وقت زواله (١) ما كان أساسه عدم قدرة المبتدعى على رفع الدعوى كأن يكون قاصراً ، أو غائباً ، أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه (٢) أو لم يكن في الدعوى فائدة لافلاس المدين وعدم وجود مال ظاهر ينفذ فيه الحكم إن حكم للمدعى ، فهذه كلها أعذار مسوغة لتأخير رفع الدعوى . فاذا حدث عذر من هذه الأعذار في أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله .

§ ٨١ — وإذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء الوارث له من بعده ، وترك المطالبة مدة أخرى احتسبت المدتان . وكان الابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث ، لا من وقت انتقال الملك الى الوارث . وكل مورث مع الوارث المشتري مع البائع ، والموهوب له مع الواهب ، فإذا كان لعقار شخص حق ارتفاق على عقار آخر ، ومنعه منه صاحبه ، وكان له الحق في مقاضاته ، فترك المطالبة مدة ثم باع العقار أو وهبه لغيره ، فترك هو الآخر المطالبة مدة ، فالمدة المانعة من سماع الدعوى تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للبائع أو الواهب .

نزع الملك من غير رضا صاحبه

§ ٨٢ — ذكرنا فيما مضى أن أسباب انتقال الملكية هي العقود الناقلة للملكية ، والعنصر الفعال في هذه العقود هو الرضا ، كما سيتبين ، فالرضا هو القاعدة العامة لنقل الأموال في الشريعة الإسلامية ؛ لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . بيد أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل النفع العام ، أو لدفع الأذى عن غيره ، بحيث تكون المنفعة التي ينالها المالك من بقاء العين في ملكه أقل من الضرر الذي ينال غيره بهذا البقاء . والأحوال التي ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع الى ثلاث :

أولها — نزع الملك لمنافع الكفاية كنزع الملك للطرق العامة ، أو شق الترع . وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد ، حتى لا تضيق بالناس » فقد نقل في حاشية أبي السعود على منلا مسكين عن الزيلعي أنه اذا ضاق المسجد على الناس ، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضي بكرة ، وأدخلوها في المسجد ، وهذا من الإكراه الجائز^(١) .

والأصل في هذا هو ترجيح منفعة الكفاية على منفعة الآحاد ، ولأنه

(١) راجع كتاب المعاملات للأستاذ الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

لا يترتب على الأخذ من المسالك كبير ضرره ؛ لأنه يعوض بالقيمة ، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول .

ثانيها — نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلقا وظالما ، فلقاضى فى هذه الحال أن يحجر عليه ، فيمنعه من التصرف فى ماله اذا رفع الدائنون الأمر اليه ، ويؤدى الدين من أمواله فيؤخذ من النقود ، فان لم تكن نقود أو نقدت ولم تف بيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معدا للبيع كمروض التجارة ، فان لم تف بيع العقار . وهذا كله رأى الصاحبين . وقال الامام ليس للقاضى أن يبيع مال الشخص بغير رضاه ، ويؤدى منه الدين رغم أنفه ، بل يحبس حتى يوفى هو الدين بأى طريق أحب . وحجة الصاحبين أن مطلقه ظلم ، والظلم واجب الرفع ، فاذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختارا قام القاضى مقامه فى رد الحقوق الى ذويها ، لأنه نصب لاقامة العدل بين الناس ، وذلك طريقه ووجهة نظر أبى حنيفة ان الحجر والتصرف فى ماله من غير ارادته اهدار لأهليته ، وهو ضرر عظيم لا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدى ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التى لا يصح أن تمس الا برضاه .

ثالثها — الأخذ بالشفعة . وان الكلام فيها يحتاج الى بيان ، فلنفرد لها بابا خاصا بها .

الشفعة

§ ٨٣ — الشفعة أثر من آثار عقد البيع ، ويعدها بعض الفقهاء سببا من أسباب الملك ، وهى على أية حال ليست سببا اختياريا ، بل تعد من نزاع الملك جبرا عن صاحبه .

والشفعة ^(١) شرعا حق امتلاك العقار المبيع جبرا عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

والسبب الذى نيط به ثبوت الشفعة ، بحيث اذا تحقق ثبتت ، وان لم يتحقق لم تثبت — هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع (١) إما اتصال شركة على الشيوع بأن كان العقار المبيع جزءا شائعا فى عقار الشفيع (٢) أو اتصال شركة فى حقوق الارتفاق الخاص (٣) أو اتصال جوار ملاصق . فاذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة ، فقد ثبتت الشفعة ان تحققت شروطها ، وان انتفت جميعا لم تثبت ، وانما ثبتت الشفعة بسبب ذلك الاتصال لاحتمال تضرر المالك بسبب المشتري الجديد الذى سيتصل به حتما ، وهو لاعلم به ، فلا يدري أهو عدل فتؤمن بواقعه ، أم باغ فتتقى بوادره ، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبرا عنه ، وفى ذلك دفع لأذى محتمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشتري ، مع تحقق النفع للشفيع ، ودفع الضرر المتوقع له .

ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس ، وأنها أمر استثنائى ، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه الى غيره الا بطيب نفسه ورضاه ، وفى الشفعة يملك العقار جبرا عن صاحبه ، وهو المشتري ؛ إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك ، ومع ذلك ينزع ملكه جبرا عنه ، ومن جهة أخرى نرى فى

(١) مأخوذة من الفعل شفع ، وهو يطلق بإطلاقين ، فيطلق بمعنى ضم ، ومنه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم الى الآخر ، ويطلق بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع اذا كان معها ولدها ، لأنه زادها ، والشفعة يصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضم لأن الشفيع يضم العقار المبيع الى ملكه ، ويصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد ، لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة .

تقرير مبدأ الشفعة اضرارا بالمالك الأصلي وهو البائع ؛ لأنه اذا علم الراغبون في الشراء أنهم ان اشتروا نزع ملكهم منه ، لا يقدمون على الشراء ، فاذا كان المالك مضطرا للبيع ، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذى يضطره للبيع ، وذلك أذى لا ريب فيه ، وإما الترغيب فى المبيع الذى أعرض الناس عنه بعرضه بشئ بخس فيه غبن فاحش عليه ، ولكن قد اضطر اليه .

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا إن أحكام الشفعة جارية على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية ، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر أبو بكر الأصم مشروعية الشفعة ^(١) .

§ ٨٤ — ولقد قرر ابن القيم أن الشفعة مشروعيتهما على مقتضى أصول الشريعة ، وليست مخالفة لأصولها . فهو يقول « من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالترام ضرر دونه رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والقطرة ومصالح العباد » ويقول فى قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من يد صاحبه الا بطيب نفسه : « إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الانسان منه

(١) ولكن رد عليه بإجماع فقهاء المسلمين على إثبات الشفعة ، وبورود الآثار الكثيرة المتضافرة بأبوابها ، وبأن الضرر الذى يقال بالنسبة للبائع ليس كثيرا ، لأن الملاك يجدون مشترين مع ثبوت الشفعة .

الابرضاء لما فيه من الظلم له والاضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظلما ولا اضرارا ، بل مصلحة له باعطائه الثمن ، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وان لم يرض صاحب المال . وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه ، واضرار بشريكه ، فلا يمكنه الشارع منه . بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه ، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك » (١) .

٨٥ — مما تقدم قد تبين أن الشفعة لاتكون الا في العقار ، وأنها تكون للشركاء في نفس العقار ، ثم للخطاء في حقوق الارتفاق ، ثم للجيران ، وذلك كله مذهب الحنفية ومن الفقهاء من أثبت الشفعة في غير العقار (٢) . والجمهرة العظمى من الفقهاء لا يثبتونها الا للشريك في نفس المقار . ولا يثبتونها للشركاء في حقوق الارتفاق ، ولا للجيران .

وقد استدلل للجمهور (١) بما روى من قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ، وقوله عليه السلام : « إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة » وفي هذا نفي للشفعة بعد أن تبين الحدود . ولا شك أن الجار مبين حده عن حد جاره ، وأصحاب حقوق الارتفاق مفصوله أملاكم بعضها عن بعض ، فلا شفعة فيها بنص الحديث ؛ إذ نفي الشفعة بعد

(١) راجع كتاب القياس في المربع الاسلامي ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) أثبت حق الشفعة في غير المقار طائفة من الفقهاء تثبته في كل ما يثبت فيه المركة من الأعيان . وقالوا أما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق من المركة ، فاذا كان شخصان شريكين في عين من الأعيان بارث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك ، وباع أحدهما نصيبه كان شركه أحق به من الأجنبي ، اذ في ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه . ولا فرق في ذلك بين المقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر . وهذه الطائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر ، وفقهاء أهل مكة ، وروى عن احمد بن حنبل مثل قولهم . وما لك يلحق السفن بالمقار (راجع القياس في المربع الاسلامي ص ١٨٤) .

قسمة الأرض وحدها .

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عدم التضرب بالقسمة والشركة من ذلك المشتري الجديد ، وذلك المعنى لا يتحقق في الجار ؛ لأنه لا يقاسم . وضرب القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه ، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالتراجع إلى ولي الأمر ، فلا حاجة إلى الشفعة .

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقبة ^(١) » والصقب هو ما يلاصق ملكه ويليهِ . وإن المناسبة التي قيل فيها الحديث تؤيد ذلك ، فإنه كان جواباً لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار . ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار » . وروى أنه قال « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها أن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » ^(٢) .

هذه آثار ناطقة بما يقول الحنفية ، ثم إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وإن لم يكن بقدر واحد ، لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبي . وعساه يلحقه ضرر من جواره ، لأن الناس يتفاوتون في الجوار تفاوتاً فاحشاً ، ويتأذى بعضهم ببعض ، ويقع بينهم من العداوة أو الحبة ما هو معهود ، والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار فإن شاء أقر الدخيل على جواره له ، وإن شاء انتزع العقار بشفته واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقعة .

ولقد اختار ابن القيم في شفعة الجوار رأياً ثالثاً هو رأى فقهاء البصرة ، وهو أن الشفعة تثبت للجار إذا اشترك الجاران في حقوق الارتفاق ، ولذا يقول : « والقول الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يَحتمل سواه ، وهو قول البصريين »

(١) الصقب والصقب بحركتين القرب .

(٢) القياس في المروع الاسلامي س ١٩٦ ، ١٩٧ . وما ينبغي ملاحظته أن اللجنة التي ألغت من كبار رجال القانون لتعديل القانون المدني من منذ سنتين رأت ذلك الرأي . وكان من بين مقترحاتها في شفعة الجوار .

وغيرهم من فقهاء الحديث أنه ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملأك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة ، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة ، بل كان كل واحد منهما متميزاً ملكه وحقوق ملكه فلاشفعة . وهذا هو الذى نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ؛ فانه سأله عن الشفعة : لمن هى ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً ، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلاشفعة . وهو قول عمر بن عبد العزيز والقياس الصحيح يقتضى هذا القول فان الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب اليه . وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على على البائع ولاعلى المشتري . فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى حقوقه » .

٨٦٨ — وإذا اجتمع الشفعاء جميعا لا يكونون سواء ، بل يقدم الشفيع الشريك فى نفس العقار ، ويليه الشفيع الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاص ، ثم يليه الجار الملاصق . وإذا ترك من هم أولى انتقل الحق إلى الذين يلونهم . وإذا تعدد الشركاء فى حقوق الارتفاق بأن اجتمع شركاء فى شرب خاص ، وشركاء فى طريق خاص ، وشركاء فى مسيل خاص لم يكونوا سواء . وقد اتفقت عبارات كتب الحنفية على أن الشريك فى حق المسيل مؤخر عن الشريك فى الشرب والطريق . واختاف فى الترتيب بين شريك الشرب ، وشريك الطريق ، فبعض الكتب كالفتاوى الهندية والدرر تقدم الشريك فى الشرب على الشريك فى الطريق ، وبعض الفقهاء يقدم الشريك فى الطريق على الشريك فى الشرب . وأساس الترتيب فى كل هذا قائم على قوة الاتصال ومقدار الضرر المتوقع من الأجنبي . وقد رأوا أن الاتصال بالشركة فى المسيل أقل أنواع الشركة اتصالا ، والضرر المتوقع من الدخيل بسببها أقل من ضرر صاحبيه . ثم اختلفت أنظارهم بالنسبة للشرب والطريق ، فبعضهم رأى صاحب الشرب أقوى اتصالا وأكثر تضررا من الدخيل ، فقدم الشريك فيه على الشريك فى الطريق . وأولئك أكثر عددا . وبعضهم رأى أن الشريك فى الطريق أكثر تضررا مقدمه .

هذا ويلاحظ أن الشركة في الحقوق التي تثبت الشفعة هي الشركة في حقوق الارتفاق الخاص لا العام . والطريق الخاص هو الطريق غير النافذ أو المملوك ملكا خاصا . والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يتحقق إذا كان المجرى نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن ، وهذا هو المروى عن أبي حنيفة ومحمد وقيل إن كان أهله لا يحصون فهو كبير ، وإن كانوا يحصون فهو صغير ، وعليه عامة المشايخ ، لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى ، فبعضهم قدر ما لا يحصى بمخمسائة ، وبعضهم بأربعين . وقيل هو مفوض إلى رأى المجتهدين في كل عصر ، إن رأوهم كثيرا كان الشرب عاما ، وإن رأوهم قليلا كان الشرب خاصا وذلك أشبه الأقوال بالفقهاء^(١) .

٨٧٨ — وقد تبين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أقوام اتصالا ، وهو الشريك في نفس العقار ، فإن تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الأسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا . وهذا بالإجماع في ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبي يوسف رواية أخرى وهي أنه إذا وجد الشركاء في نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم إذا سقط حقهم أو تنزلوا عنه^(٢) . وذلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند البيع يثبت حق الشفعة للشريك من بين الشفعاء ، بدليل أن غيرها لا يملك أن يطالب بها . وإذا كان حق الشفعة عند وجود البيع كان محصورا فيه ، فإذا أسقطه لم يثبت لأحد ، لأنه حق واحد إذا سقط لا يعود .

ووجه ظاهر الرواية — أن كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، وهم الشركاء في نفس العقار ، والخلطاء في حقوق الارتفاق ، والجيران — ثبت لهم الحق

(١) الزيلعي الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف إنما هو في الحال التي يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له ، فإذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق ؛ لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، إذ قضى عليه بذلك .

في الشفعة لوجود سببها ، وكل واحد من الشركة أو الجوار سبب صالح لثبوت الشفعة ، ولكن عند التعارض قدم أقواها ، فيقدم الشفع بالشركة ؛ لأنه أكثر تضررا بالدخيل ، وأقوى اتصالا ، فإذا سلم الشريك سقط تعارضه ، فيعمل السبب الذي يلي الشركة ، لأنه لا معارض له أقوى منه . وأيضا فإن حكمة الشفعة ، وهي دفع ضرر الدخيل — قائمة ، وتسليم الشريك لا يمنع الضرر المتوقع للمرتفقين ، أو الجيران بل هو لازال قائما ، فتثبت الشفعة .

٨٨ § — وإذا تعدد أهل طبقة من الشفعاء ، وطلبوها جميعا فإذا تعدد الشركاء مثلا أو الجيران ، وطلبوها جميعا طلبا صحيحا قسمت بينهم جميعا بالتساوي من غير تفضيل صاحب النصيب الأكبر على صاحب النصيب الأصغر ، أو من غير تفضيل جار ملاصق من جانب واحد على جار ملاصق من جانبين ، وكذلك من غير تفضيل مرتفق يشرب مثلا على مرتفق معه فيه ، بل يقسم العقار بينهم على سواء . وذلك لأن الأصل عند الحنفية أن السبب في ثبوت الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، بدليل أنه لو كان للدار شريك واحد لاستحق أخذ الدار بالشفعة ، وكذا لو كان لها جار واحد لاستحق الأخذ لها كلها بالشفعة ، ولو كان للمقدار هو السبب لاستحق بمقدار شركته أو مقدار جواره . وإذا كان أصل الشركة أو أصل الجوار هو السبب ، فإذا تعدد الشركاء أو تعدد الجيران تثبت لهم الشفعة بقدر واحد لثبوت السبب كاملا بالنسبة للمتعددين جميعا .

وقد خالف في ذلك مالك والشافعي واختلفت الرواية فيه عن أحمد بن حنبل ، وهو مع الشافعي في الصحيح عنه ، ومخالفة هؤلاء محصورة في الشركة ؛ لأنهم لا يرون الشفعة في غير العين المشتركة ، فرأيهم عند تراحم الشركاء أن يقسم العقار المشفوع فيه بينهم على قدر أنصبتهم لا على عدد رؤوسهم ، وحجتهم في ذلك أن الشفعة تثبت على أنها حق من حقوق الملك الذي يملكه الشفع فيقتدر بقدره عند التراحم ، وهي في هذا كالهاء والغلة والثمرات ، يثبت للشخص منها بمقدار ما يملك إذا كانت العين مشتركة ، فتثبت الشفعة بمقدار ما يملكه كل واحد عند ما يتزاحمون في طلبها .

واستدل الحنفية لوجه نظرهم في أن الشفعاء إذا تراخوا في طبقة واحدة بلا مرجح اقتصموها بينهم بالتساوى (١) بأن السبب هو الاتصال لا مقدار الاتصال ، وقد تساوى الجميع في هذا الأصل فيتساوون في الاستحقاق (٢) وأيضاً فإن ثبوت الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل ، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا في طبقة واحدة بلا مرجح ، فيثبت للجميع الحق بالتساوى (٣) ثم إن الأصل أن يثبت حق أخذ العقار المبيع كاملاً لكل واحد من الشفعاء ، ولكن للتراحم بينهم ولعدم ترجيح طلب أحدهم على الآخرين يقسم بينهما بالتساوى لأن الحق كان لكل واحد في أخذ العقار كله .

٨٩ § — وإذا كان أحد الشفعاء غائباً لم يسقط حقه في طلب الشفعة مهما يتطاوّل أمد غيبته ، ما دام لم يعلم . بيد أن ذلك لا يمنع من يساويه في الدرجة أو من يليه أن يطالب بأخذ العين كاملة ، ولا يمنع ما للغائب من حق — أن يقضى القضاء عليه إذا طالب بأخذ العين بمقتضى الشفعة واستوفيت شروط المطالبة كلها . وإنما كان لمن يساويه أن يطلب أخذ العين كاملة ، ولمن يليه كذلك من غير انتظار له ؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال ثابت في حق المساوى ومن يليه ، فإذا طلب يتأكد حقه بالطلب ، أما الغائب فالسبب قائم في حقه ، ولكن لم يؤكد ذلك الحق بطلب الأخذ ، فلا يدري أيرضى بالشريك الجديد أو الجار الجديد فلا يطلب بالشفعة أم لا يرضى فيطلب ، فكان حق الشفعة بالنسبة له محتمل الوجود وعدم الوجود ، ولا يصح أن يمنع ذو حق تأكيد حقه لاحتمال أو شك ، إذ اليقين لا يزول بالشك ، بل لا يزول إلا بيقين مثله ، ولذلك يقضى بجميع العين للطلب سواء أكان يليه أم يساويه .

وإذا قضى للحاضر بأخذ العين ، ثم جاء الغائب ، فإن كان مساوياً أسهم بما يساويه مع الحاضر ، فإن كان الحاضر واحداً أخذ النصف ، وإن كان اثنين أخذ الثلث ، وهكذا ، وإذا كان الحاضر قد أسقط حقه في الشفعة في هذه الحال فالغائب إذا حضر يطالب بالعين كلها ، ويقضى له بها . وهذا إذا أسقط قبل القضاء ، وأما إذا ترك الشفعين أخذ العين بعد القضاء له لعب وجده فيها ، أو لخيار رؤية ، أو

لمجرد التنزل عن حقه من غير سبب شرعى ، ثم جاء الشفيع الغائب ، فليس له الا النصف ان كان الحاضر المستقط لحقه بعد القضاء واحداً . والثالث ان كانا اثنين وهكذا ، وذلك لأنه لما قضى القاضى بالشفعة للحاضر بكل الدار ، فقد أبطل حق الغائب المساوى له عما يخص صاحبه فى حال المزاومة ، واذا قضى على شخص بالبطلان فى شيء فليس له أن يطالب به ، وليس له حق فيه .

هذا كله اذا حضر الغائب ، وكان من قضى له مساويا له ومن أهل درجته . أما اذا لم يكن مساويا ، بل كان من الطبقة التى بعد طبقته ، ففى هذه الحال له أن يطالب بأخذ العين كاملة ، سواء أسقط الشفيع المقتضى له حقه أم لم يسقط ، وسواء أكان اسقاطه لحقه قبل القضاء أم بعده ، فكل هذه الصور سواء فى الحكم ، لأن القضاء له لا يبطل حق الغائب ؛ اذ هو مبنى على احتمال أن الغائب لا يطالب ، فاذا طالب فقد زال الاحتمال .

شروط الشفعة

٩٠٨ — لا تثبت الشفعة ولا توجد الا بشروط ، منها :

(١) الشرط الأول : أن يكون المشفوع فيه — وهو العين التى يطلب الشفيع أخذها — عقارا^(١) . وكذلك يشترط هذا الشرط فى المشفوع به ، وهو العين التى يملكها الشفيع وبسبب اتصالها بالعين المشفوع فيها يطالب بالشفعة ، وقد ألحق الحنفية بالعقار بالنسبة للشفعة العلو بالنسبة للسفل ، فاذا بيع السفل ثبت لصاحب العلو حق الأخذ بالشفعة ، واذا بيع العلو ثبتت لصاحب السفل الشفعة أيضا . فترى من هذا أن العلو ، وهو ليس بعقار عند الحنفية كما تبين صلح أن يكون مشفوعا فيه وبه ؛ وذلك لأنه ملحق بالعقار فى ذلك ، اذ حق العلو على السفل حق لازم لا يحتل البطلان ، فيتضرر كلاهما بالآخر ضررا مستمرا . والشفعة بين العلو

(١) اشتراط كون المشفوع به والمشفوع فيه عقارا إنما هو على رأى جمهور الفقهاء ، والظاهر غيرهم فأثبتها مالك فى كل السفن ، وأثبتها بعض الفقهاء فى كل ما هو محل شركة ، وأثبتها بعضهم فى كل ما هو مشترك وتجرى فيه القسمة من غير اجبار عليها .

والسفل تكون شفعة جوار ، فتكون مرتبة الشفيع كرتبة سائر الجيران ، وهى بعد الشركاء فى نفس العقار ، والخطاء فى حقوق الارتفاق ، كما علمت .

(٢) الشرط الثانى : أن يكون العقار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجاً باتاً بعوض مالى ، فإذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه فلا موجب للشفعة ؛ لعدم وجود دخيل ، وإن خرج خروجاً غير بات كأن يبيعه بيعاً فاسداً قد قبض فيه المشتري العقار ، فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير ملك المشتري فى العقار باتاً لازماً بالنسبة للبائع ، لا يقبل النقص من جانبه ؛ لأنه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع ، ومع هذا الاحتمال القريب الوقوع لا تثبت الشفعة ، لأنه يجب أن يبنى ثبوتها على أمر ثابت لا يحتمل البطلان من جانب البائع .

وإن خرج بغير عوض مالى بأن لم يكن العقد الذى انتقل به المشفوع فيه بيعاً ولا فى معنى البيع ، كأن يكون هبة أو صدقة أو يكون العقار مهراً فى زواج ، أو بدل خلع ، أو أجرة فى اجارة ، فإن الشفعة لا تثبت فى كل هذا ؛ لأن الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل مملكته به من أخذه ، فإذا كان قد أخذ بلا عوض فلا مثل قد دفعه العاقد ويجب على الشفيع أن يقدمه ، فلا تثبت . وكذلك إذا كان العوض غير مال كحال المهر وبدل الخلع ؛ لأنه لا تجرى المائلة إلا فى الأموال ، أما غيرها فلا تجرى فيه المائلة ، فلا تثبت الشفعة أيضاً . وقال الشافعى تثبت الشفعة فى كل هذا ويؤخذ العقار بقيمته ؛ لأن حكمة الشفعة ثابتة فيه فتثبت . وعقود المعاوضات المالية التى تجرى فيها الشفعة إذا خرج المشفوع فيه من ملك مالكه بأحدها تشمل ما يأتى :

(١) البيع وهو الأصل فى هذه العقود ، وإذا كان البيع مقايضة بأن كان العقار مقابلاً بقيمى ، فالتمن الذى يجب على الشفيع أن يقدمه هو قيمة الشيء الذى عوض العقار به . وإذا كان البدل عقاراً كان الواجب على الشفيع قيمته ، ويكون لشفيع كل واحد من العقارين أن يطالب بالشفعة ، ويدفع قيمة العقار الآخر الذى يكون بدلاً لما يطلبه .

وإنما وجبت قيمة العوض للعقار إذا كان عقد البيع مقايضة ؛ لأن المثل

الحقيقى متعذر فيصار الى المثل المعنوى ، وهو مقدار ماليته أى قيمته .

(٢) الهبة بموض مشروط ؛ لأن الهبة بعوض مشروط تعتبر معاوضة انتهاء عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ومعاوضة ابتداء وانتهاء عند زفر ، ولذلك تجب الشفعة اذا خرج العقار المشفوع فيه من ماله بسببها . ولا تجب الشفعة بمجرد تمام عقد الهبة ، بل لا تجب إلا بعد قبض العوض وقبض العقار ، وعند زفر يكفى وجود العقد لثبوت الشفعة . وهذا الخلاف مبنى على الخلاف فى الأصل الذى نوهنا عنه ، وهو أن الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء معاوضة انتهاء عند الأئمة الثلاثة ، فلا يتحقق معنى البيع عندهم إلا بعد قبض العوض بالفعل ، وعند زفر هى معاوضة ابتداء وانتهاء ؛ لوجود معنى البيع عنده بمجرد تمام العقد ، ويكون الواجب هو مثل العوض الذى قدمه الموهوب له ان كان مثليا ، وقيمه ان كان قيميا .

(٣) الصلح ، فتثبت الشفعة اذا كان العقار بدل صلح ، أى أن المدعى عليه قدمه ليتخلص به من دعوى المدعى ، وقبل هذا ذلك عوضا عن حقه ، ففى هذه الحال تثبت الشفعة للشفيع ؛ لأن المدعى ما قبل تلك الدار إلا لتسكون عوضا عن حقه الذى يزعمه ويطلب به ، سواء أكان المدعى عليه مقرراً بالحق أم كان منكراً له أم ساكتا لم يقر ولم ينكر ، واذا كان عقد الصلح معاوضة مالية فى نظر المدعى ، فهو مشتر للعقار بزعمه ، فتثبت الشفعة للشفيع ، لأن الاعتبار فى ذلك لاعتقاد المدعى الذى انتقل العقار اليه .

واذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو موضوع الدعوى والتنازع تقدم المدعى عليه مالا ، ليخلص له العقار ، ففى هذه الحال ان كان المدعى عليه قد قامت عليه البينة أو كان مقررا بملكية المدعى للعقار ، وقدم المال بدلا عنه ، ففى هذه الحال يكون الصلح عقد بيع بالنسبة لها فتثبت الشفعة . وان كان المدعى عليه منكراً أو ساكتا ، لم يقر دليل على أن الصلح عقد بيع بالنسبة لمن بقى العقار فى يده ؛ فلا تثبت الشفعة إلا إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى ، وأن المال الذى كان بدلا للصلح هو فى الحقيقة والواقع

ثمن العقار، وحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع فتثبت الشفعة^(١). وهذا كله إذا كان بدل الصلح مالا فإن كان بمنافع فلا تثبت الشفعة ؛ لأن الصلح يكون اجارة .

وإذا كان العقد مشتملا على خيار شرط للمالك العقار فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير العقد باتا لازما بالنسبة له ، بسقوط خيار الشرط بالفعل ؛ لأن خيار الشرط إذا ثبت بالنسبة للبائع لا يخرج العقار من ملكه ، والشفعة لا تثبت إلا إذا خرج العقار من ملك صاحبه . أما إذا كان خيار الشرط مشروطا للمشتري فالشفعة تثبت بمجرد العقد ؛ لأن اشتراط الخيار للمشتري لا يمنع خروج العقار من ملكية البائع .

وان جعل البائع أو المشتري الخيار للشفيع فاختار فلا شفعة ، لأنه إن أجاز البيع كان ذلك إسقاطا للشفعة ؛ لأنه رضى بالمشتري جارا له أو شريكا ، وإذا سقطت الشفعة لا تعود . وإن فسخ البيع لم يثبت عقد ، فلا تثبت الشفعة .

٩١٨— الشرط الثالث : أن يكون ملك الشفيع ثابتا وقت العقد في العقار المشفوع به — وهو العقار الذي يطلب الشفيع الشفعة بسبب اتصاله بالعقار المبيع — ولا بد أن يستمر الملك الى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له ، فإذا حدث الملك بعد العقد لا تثبت الشفعة ؛ لأن الشفيع هو الذي يعتبر دخيلا على من انتقل العقار اليه . وإذا كان الملك ثابتا وقت العقد ، ولكن زال عن المالك بأى سبب من الأسباب سقطت الشفعة ؛ لأن سببها وهو اتصال الملكية قد زال ، فنزول تبعاً له^(٢) . وبسبب هذا الشرط لا يصح أن يطالب بالشفعة في موضعين :

أحدهما — إذا كان العتار في يد من يطالب بالشفعة على أنه وقف هو ناظر عليه ؛ لأن الناظر على الوقف ليس مالكا له ، فلا يتحقق في جانبه سبب الشفعة ، وهو اتصال المالكين ، كما أن الغرض من الشفعة لا يتحقق أيضا ؛ لأن الغرض

(١) ملخص من البدائع الجزء الخامس ص ١١ .

(٢) وتسقط الشفعة بعد خروج العتار من ملك صاحبه ، لا بمجرد العقد الناقل للملكية ، فإذا باع الشفيع بعرض الخيار لا تسقط الشفعة الا بعد سقوط الخيار .

هو دفع الضرر المتوقع الدائم من هذا الدخيل ، ويد الناظر على الوقف ليست يدا دائمة . وكما أن الناظر ليس له حق الشفعة اذا بيع عقار متصل بأعيان الوقف كذلك المستحق في الوقف ليس له حق الشفعة ؛ لأنه منتفع ، وليس بمالك العين . وإذا كان العقار المشفوع فيه موقوفا ، وبيع لمسوغ شرعى بيما صحيحا فإن الشفعة تثبت فيه للمتصلين به من شركاء أو مرتفقين أو جيران^(١) .

ثانيهما — ليس للوارث في مذهب الحنفية أن يطالب بالشفعة اذا مات الشفع المورث قبل الحكم له ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يورث ؛ اذ هو ارادة ومشية . ولا تثبت الشفعة للوارث استقلالا ؛ لأنه لم يكن مالكا وقت القيد الذى خرجت به ملكية المشفوع فيه الى الدخيل .

وقال الشافعى ومالك واحمد بن حنبل : ان الشفع اذا طالب بأخذ العين بالشفعة ثم مات ينتقل الحق الى ورثته ؛ لأن هذا حق يعتبره الشارع ، والوارث خليفة المورث فيما يملك من أموال وحقوق ، فينتقل حق الشفعة اليهم بمقتضى هذه الخلافة . ووجه نظر الحنفية قد أشرنا اليه ، وهى أن حق الأخذ بالشفعة مجرد رأى ومشية ، وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته ، ولا وجود لهما من بعده حتى يخلفه الوارث فيهما ، فاذا كانت الشفعة من هذا القبيل فهى تنتهى بوفاة صاحبها .

ولا يوجد نص في قانون الشفعة المعمول به يعين العمل بأحد الرأيين : رأى الحنفية أو رأى غيرهم ؛ ولذلك اختلفت الحاكم والشراح في ذلك ، فبعض الحاكم ومعه بعض الشراح قرر أن حق الشفعة لا يورث ، سالكا مسلك الحنفية في أنه حق شخصى لا يبقى بعد الشخص ، ولا يخلفه فيه أحد ، وبعض الحاكم والشراح قرر أنه ينتقل الى الوارث ، سالكا مسالك مالك والشافعى وغيرهما في أنه حق يعتبر من مرافق الملك ، فينتقل الى الورثة كسائر الحقوق التى من هذا القبيل .

و (١) لقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ احمد إبراهيم بك في كتابه المعاملات أن العقار اذا أخذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال لا تثبت فيه شفعة قط ؛ لأنه يصير وفقا بمجرد الاستبدال .

وقد طرح الموضوع بسبب هذا الخلاف على دوائر محكمة الاستئناف
مجموعة ، فقررت في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة
الشفيع قبل الامتلاك بالتراضي أو بقضاء القاضى (١) .

§ ٩٢ — الشرط الرابع : ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذى تم بين المالك
والدخيل ، فان ثبت هذا الرضا عند حصول العقد ، فليس له أن يطالب بالشفعة ؛
لأنه ان طالب يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم
من جهته فسيه مردود عليه . ويشترط لتام الرضا أن يكون عالما بالمشتري والتمن ،
فان رضى بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص ، فتبين أن الثمن أقل مما
سلم فى الشفعة على فرضه ، أو أن المشتري غير من رضيه جارا أو شريكا ، فى
هذه الحال لا يعتبر راضيا ؛ لأن الرضا قام على فرض ، والواقع غيره .

والرضا قسيمان رضا صريح ، ورضا دلالة ، فالصريح ما كان بعبارة مفيدة
لرضاه بالمشتري جارا أو شريكا ، والدلالة ما كان بتصرف لا يقوم إلا على فرض
رضا الشفيع بالدخيل ، كأن يكون هو وكيل البائع فى البيع ؛ فان ذلك يدل
على رضاه بالمشتري جارا أو شريكا ، لأن الأخذ بالشفعة يلزم منه أن تنقضى
ملكية المشتري التى ما تمت إلا بفعل الشفيع ؛ فطلب الأخير بالشفعة سعى فى نقض
ما تم من جهته بلا ريب ، وذلك مردود وغير مقبول فى الشريعة الفراء كما ذكرنا .
ولو كان الشفيع وكيل المشتري فى الشراء لا يعتبر ذلك رضا بالمشتري جارا أو شريكا ؛
لأنه عساه قبل الوكالة ليتم الشراء ، ويتقرر حق الشفعة . ولأن الوكالة بالشراء لا تعتبر
تمليكا للمشتري من جانبه ، كما اعتبرت الوكالة فى البيع ، بل تعتبر امضاء لعقد مسبب
للملكية ناقل لها ، والمالك للمشتري هو البائع ، وطلب الأخذ بالشفعة لا ينافى
انتقال الملكية من البائع ، بل يقرره ، لأن الأخذ بالشفعة فيه إقرار بانتقال
الملكية من البائع ، ولكن بدل أن تكون للمشتري تكون للشفيع . هذا ومن
المقرر أن المشتري لو كان أحد الشفعاء لا يسقط حقه فى الشفعة ، وإذا كانت مباشرة

(١) راجع كتاب الشفعة للأستاذ الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك من ٣٢٨ .

الأصيل لعقد الشراء لا تسقط حق الشفعة ، فكذلك مباشرة الوكيل لا تسقط الحق بالنسبة اليه .

طلب الشفعة

§ ٩٣ — لا بد لطلب الأخذ بالشفعة الذى يقبله القضاء ويقضى به شرعا من تحقق أمرين : أحدهما — أن يطالب الشفيع بالعقار المبيع كله لا بعبءه ؛ لأنه ان طالب بعبءه فقد رضى بالمشتري شريكا ، وبذلك يكون متناقضا مع طلبه ؛ لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الدخيل الجديد فان رضىه شريكا ، فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته ، وبالأولى لا ضرر من جواره ، فيسقط حق الشفعة على الأقل فى اعتباره ، ولأنه لو أخذ بعض العقار المشفوع فيه لتفرقت الصفقة على المشتري لأنه ما اشترى الجزء ، بل اشترى كل العقار ، وتفرق الصفقة على المشتري لا يصح من غير رضاه ، ولا يوجد سبب شرعى يسقط ذلك الحق للمشتري .

وإذا تعدد المشترون يصح للشفيع أن يطالب بحصة أحدهم دون الباقيين ، لأنه ربما كان الاتصال بأحدهم ضارا فيطالب بحصته ، والاتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بمحصولهم ^(١) .

ثانيهما — أنه لا بد من وجود ثلاثة طلبات :

(أولها) طلب الموائمة ، وذلك بأن يطالب بالشفعة عقب العلم بالبيع والتمن والمشتري . ووقت هذا الطلب يكون فور العلم ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبر فى أوله لا ينتظر حتى يتم الكتاب قراءة ، وهذا عند الجميع فى الرواية الراجحة فى المذهب ، وروى عن الامام محمد أن وقت الطلب ممتد الى آخر المجلس ، ووجه الرواية الأولى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنما الشفعة كنشط الشفعة »

(١) وإذا تعدد البائعون وكان للمشتري واحدا اختلفت الروايات فى المذهب ، فظاهر الرواية أن ليس للمشتري أن يطالب بنصيب أحد البائعين ، سواء أتم القبض أم لم يتم ، ورواية أخرى أن للشفيع أن يطالب بنصيب أحد البائعين قبل القبض ، وبعبءه لا ، والصحيح ما فى ظاهر الرواية .

عقال ان قيد مكانه ثبت ، والاذهب « وفي بعض الروايات « انما الشفعة لكل عقال ان قيد مكانه ثبت ، والا فالوم عليه » . ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثرين ، فلا يستقر إلا بالطلب على الموائبة ، ويذهب به أقل تردد .

ووجه الرواية الثانية عن محمد أن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه ، لاحتمال أذى المشتري الجديد ، وذلك ضرر خفي يحتاج الى النظر والتأمل ، ليوازن بين غرم الشراء ، وضرر السخيل ، ومن جهة أخرى ليعرف صلاحية الثمن وخلوه من الغبن ، وذلك التأمل اللازم يحتاج الى وقت ، فكان المعقول أن يمتد الى آخر المجلس .

ولا يشترط لهذا الطلب الاشهاد عليه ، وان كان من مصلحة الشفيع أن يشهد عليه ليستطيع اثباته بالبينة اذا أنكر المشتري وقوعه .

(ثانياً) طلب التقرير والاشهاد وذلك بأن يذهب الى العقار ، أو الى المشتري ، أو الى البائع اذا كان المبيع لا زال في يده ، ويطلب بالشفعة ويشهد على ذلك وجوباً ، لكي يتقرر حقه . أما جواز الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به ، وأما الطلب عند المشتري فلأنه الخصم في كل حال ، سواء أكان العقار في يده أم لا يزال في يد البائع ، وأما الطلب من البائع اذا كان العقار لا يزال في يده ، فذلك لأنه خصم بمقتضى يده .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الاشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته ، وان قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل الشفعة ان كانوا في مصر واحد وان كان بعضهم خارج مصر ، وهو الأبعد فقصدته ، وترك الأقرب تبطل الشفعة .

واذا تم الاشهاد على الشفعة عند العقار أو عند المشتري أو البائع في طلب الموائبة ، كان فيه معنى طلب التقرير وأغنى عنه ، فلا يكون ثمة حاجة اليه .

(ثالثاً) طلب الامتلاك بالخاصة والتراجع الى القضاء . ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تستقر بالطلبين السابقين ، ولذا لم يجعل أبو حنيفة لهذا الطلب الأخير مدة

معينة ؛ لأن التأخير لا يضر بعد تقرر الحق . وروى هذا عن أبي يوسف أيضا كما روى عنه أن الشفيع إن ترك الخصامة زمنا كان يستطيع الخصامة فيه بطلت شفيعته . وقال محمد وزفر رحمهما الله إذا مضى شهر بعد الاشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفيعته ، وهو رواية عن أبي يوسف ^(١) .

وقد استدلل محمد وزفر في قولها انه ان ترك شهرا بعد الاشهاد بطلت شفيعته بأن المشتري يتضرر بترك الأمر معلقا من غير أن يجعل للطلب نهاية زمنية معلومة ، لأنه لا يبنى ولا يفرس ولا يقوم بشيء مما يحتاج اليه العقار ما دام مهذبا بنزعه من يده ، وذلك ضرر بلا ريب ؛ إذ هو يحدد إرادته في التصرف في ملكه ، ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذي يقع بالمشتري من التأخير .

واستدل لأبي حنيفة بأن الحق قد ثبت بالمواثبة والتقرير . والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بإبطال شرعي ، ولم يوجد ؛ لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبراء .

§ ٩٤ — وانضم في طلب الشفعة هو المشتري سواء أكان العقار في يده أم لا يزال في يد البائع ، وقد ترفع الدعوى على البائع اذا كان العقار لا زال في يده ، ولكن لا تسمع البينة ولا يقضى الا في حضرة المشتري ؛ لأنه انضم الأصلي ؛ اذ هو الذي سينزع الملك جبرا عنه ؛ ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم امكان تسليم المبيع قبل القبض ، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشتري ، ولا يجوز الفسخ الا في حضوره .

ويصح أن ترفع الدعوى على وكيل المشتري اذا كان قد تسلم العقار من البائع ولم يسلمه الى المشتري ؛ وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد ، وهي راجعة الى الوكيل في البيع والشراء عند الحنفية . وروى عن أبي يوسف أن الشفيع

(١) قد روى اذن عن أبي يوسف ثلاث روايات أحداها أنه مع أبي حنيفة في أن التأخير لا يسقط الشفعة ، وثانيها أن الشفعة تسقط اذا ترك الخصامة مدة كان يستطيع فيها الخصامة ولم يقل ، وثالثها أنه ان تركها شهرا سقطت الشفعة والا لا تسقط .

لا يخاصم الوكيل ، بل يخاصم الموكل ، وذلك لأن الوكيل لم يشتر لنفسه بل اشترى لموكله ، ولأن الشفعة ليست من حقوق العقد ، بل من متعلقات حكم العقد ، وهو الملك ، والملك يتعلق بالموكل ، لا بالوكيل ، ألا ترى أن غاية الشفعة أن ينزع الملك من آل إليه ، والذي آل إليه الملك هو المشتري ، وليس الوكيل .

الملك بالشفعة

§ ٩٥ — يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين : إما بالتراضي مع المشتري ، ويكون الأخذ حينئذ شراء جديدا من المشتري ، ولا ينقض البيع الأول بلا خلاف . وإما بحكم القاضي ، ويكون الأخذ بحكم القضاء كشراء جديد من المشتري ، إذا كان قد تسلم العقار ، ويكون هذا تقريرا للبيع . وإذا كان العقار لا زال في يد البائع ، يعتبر الأخذ بحكم القضاء نقضا للبيع ، أم يكون شراء جديدا غير ناقض للبيع الأول ؟ اختلفت في ذلك الروايات والأقوال في المذهب . فقال بعض المشايخ وهو إحدى الروايتين : ان البيع في ذاته لا ينقض ، ولكن يتحول من المشتري الى الشفيع ، فان كان ثمة نقض في البيع فهو بالنسبة للمشتري ، وليس هناك نقض للعقد في ذاته . وقال بعض آخر وهو الرواية الثانية : ان البيع الأول ينقض ، ويكون بين الشفيع والبائع ما يشبه البيع الجديد . وحجة الرأي الأول أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنها قامت على أساس وجود بيع ، فإذا انتفى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذي قامت عليه بالنقض ، فتهدم . ووجهة الرأي الثاني أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع العقار للمشتري فإن المشتري يعجز عن أخذ المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة . وأيضا فإن البيع قد أوجد ملكا للمشتري في العقار ، وبحكم القاضي قد صار الملك للشفيع ، وزال أثر البيع ، ولا يزول أثر البيع الا اذا زال البيع نفسه .

ومهما يكن من الاختلاف بالنسبة لبقاء البيع أو انتقاضه ، فمن المقرر أن الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع يكون في حكم الشراء الجديد ، سواء أكان بالقضاء

أم بالتراضى . فله أن يرد العقار المشفوع فيه بخيار الرؤية إن لم يكن رآه ، وله الرد بخيار العيب إذا رأى فيه عيبا ، ولو كان المشتري قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب .

§ ٩٦ — وملك الشفيع للعقار ابتداء من وقت التراضى بينه وبين المشتري ، أو من وقت الحكم بالأخذ بالشفعة ، ولا ملك له قبل الأخذ بأحد هذين الأمرين ، بل الملك قبل ذلك للمشتري ؛ لأن سبب الملك قائم وهو الشراء ، ولا يتنافى طلب الشفعة مع ذلك ، بل إن الشفعة تقوم على خروج العقار من ملك مالكه ، ولا يخرج سائبة من غير مالك ، بل يدخل في ملك المشتري . وإن كل ما للشفيع قبل الحكم من حق إنما هو حق المطالبة بالعقار بسبب الشفعة ، وذلك لا يثبت ملكا إلا بعد التراضى أو الحكم ، فلا ملك إذن للشفيع قبل ذلك ، وهذا هو المنصوص عليه في كتب الحنفية^(١) . ولكن قانون الشفعة لم يتعرض لابتداء الملك بالشفعة ولم يبينه ؛ ولذا اختلفت المحاكم في ذلك على ثلاثة آراء : فبعضها قضى بأن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد ، وبعضها رأى أن الملك يثبت له مستندا إلى وقت المطالبة بالعقار المشفوع فيه بمقتضى الشفعة ، وبعضها قرر أن الملك يبتدىء من وقت الحكم ، لا من وقت الطلب ولا من وقت البيع ، وهذا الرأي الأخير هو الذى اختارته دوائر محكمة الاستئناف المحترمة^(٢) .

§ ٩٧ — وإذا كان ملك المشتري ثابتا على العقار المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، فله أن يتصرف فيه تصرف المالك من كل الوجوه ، فله أن يبنى فيه ، وأن يفرس أشجارا ، ويهدم ، ويقلع ، ويزيد ، وينقص ، ويستغل ويستعمل ، وله أن يتصرف كل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك ، ولكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذا حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة ، فإذا وقف

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٢ . و ص ٢٣ . وراجع الأشباه والنظائر الجزء الثانى في باب الملك .

(٢) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٣٣٩ ،

المشتري ، ثم حكم للشفيع ، فله نقض الوقف وأخذ العقار ، ولو كان الوقف وقف مسجد .

§ ٩٨ — وإذا كان المشتري قد أحدث زيادات في العقار ، ثم جاء الشفيع وامتلكه بمقتضى الشفعة ، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال عن العين كطلاء العقار ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالثمن وقيمة الزيادة ؛ لأنها زادت قيمة العين . وإن كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين بأن كانت تنفصل عنها من غير ضرر بها ، وتكون لها قيمة بعد انفصالها ، كالبناء وغرس الأشجار ، وكالزرع فالحكم في هذه الحال أنه إن كان لاتصال الزيادة بالأرض وقت معلوم ثم تنفصل بعده كالزرع ، فإنه يبقى في الأرض بأجر المثل إلى أن ينضج ويحصد ، لأنه لا ضرر على المشتري في ذلك ، إذ لا يتلف زرعه ، ولا ضرر على الشفيع ، إذ سيأخذ الأجرة .

وان لم يكن للزيادة التي تقبل الانفصال أمد محدود معلوم ، وذلك كما في البناء في العقار والغراس فيه ، فالحكم أنه يخير الشفيع بين ثلاثة أمور : أما أن يترك الأخذ بالشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بشفته والشجر أو البناء بالقيمة مستحقين للقلع والهدم^(١) . وأما تكليف المشتري قلع الشجر وهدم البناء وتسليم العين . غير أنه يلاحظ أن أخذهما بقيمتها مستحقين للقلع أو الهدم إنما يكون إذا رضى المشتري بذلك ، والا كلف الهدم أو القلع ، إلا إذا كان القلع أو الهدم يضر بالأرض ، ففي هذه الحال لا حاجة إلى رضاه في أخذهما بقيمتها مستحقين للقلع أو الهدم .

هذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه . وروى

(١) للبناء والشجر ثلاث قيم (أ) قيمتهما مستحقين للبقاء ، وتقدر هذه القيمة بما أحدثناه من زيادة في قيمة العقار وهما فيه بأن تهدر قيمة العقار خالياً منهما وقيمتيه وهما قائمان به فالفرق هو قيمتهما مستحقين للبقاء (ب) قيمتهما والبناء أهواض ، والشجر مقروع . وهذه تهدر بعد القلع والهدم ، (ج) وقيمتها مستحقين للقلع أو الهدم . وهذه تهدر لها بعد القلع أو الهدم ، ثم يستنزل منها تكاليف القلع أو الهدم .

عن أبي يوسف أن الشفيع مخير بين أمرين فقط : إما أن يترك الشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بضمنه ، والشجر والبناء بقيمتها مستحقين للبقاء ، وليس له أن يكلف المشتري القلع أو الهدم . وذلك هو مذهب مالك والشافعي . ولكل من الرأيين وجهة ، فوجهة الرواية الراجحة في مذهب أبي حنيفة أن المشتري بنى وغرس في عقار تعلق به حق مؤكد لغيره ، يجعله أولى بالعقار منه ، ولم يكن بناؤه وغرسه باذن أو تمكين منه ، فكان من حقه أن يأخذ العين خالية مما زاده ، فله أن يكلفه القلع والهدم . وإن كان ذلك يضر بالأرض أخذه بقيمته مستحقا للقلع أو الهدم ، وما يحصل المشتري من ضرر فهو السبب فيه ؛ لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه ، فلا يحدث زيادة في عين كان يتوقع أن تنتزع منه جبرا عنه .

وجهة نظر أبي يوسف ومالك والشافعي أن التكليف بالهدم أو القلع أو الأخذ بالقيمة مستحقين للقلع والهدم ، وإنما يكون ذلك إذا كان ما فعله المشتري يعتبر عدوانا ، مع أنه ليس في فعله عدوان ، لأنه بنى ويفرس في خالص ملكه ؛ لأنه بالشراء صار العقار مملوكا له ، فله كل صنيع الملاك ، فلا يصح اذن أن يعامل معاملة المغتصبين ، بأن يكلف القلع أو الهدم . وتكليف الشفيع أخذ البناء أو الغراس بقيمتها مستحقين للبقاء أى بما زاده في قيمة العقار هو العدل ، لأنه لا يتضرر واحد منهما ، إذ الشفيع يأخذ شيئا بقيمته فلا شطط ولا جور بالنسبة له ، والمشتري سيعوض عما أنفق بلا زيادة ولا مغالاة .

وقانون الشفعة فصل في ذلك الموضوع تفصيلا حسنا ، فأخذ برأى أبي حنيفة في الحال التي يكون فيها البناء والغرس بعد طلب الأخذ بالشفعة ؛ لأنه يكون المشتري قد أقدم على البناء ، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجاني على نفسه . وإن كان البناء أو الغراس قبل الطلب فقد أخذ القساون بمذهب مالك والشافعي والرواية عن أبي يوسف ؛

لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه .

وإذا حدث نقص في المشفوع فيه في يد المشتري ، فإن كان النقص في نفس العقار كأن يكون بجوار نهر فأخذ منه جزءا في مجراه ، فالحكم في هذه الحال أن الشفيع يأخذ العقار الباقي بحصته من الثمن ، بأن تقدر قيمته ناقصا وقيمه غير ناقص ، وينقص من الثمن نسبة النقصان . فإذا كانت القيمة ناقصا بمائة وكانت القيمة كاملا عشرين ومائة والثمن ثمانية ومائة ، ففي هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس ، لأن العشرين وهى الفرق بين القيمتين تعادل سدس قيمته كاملا ، فينقص من الثمن سدسه .

وإن كان النقص في تابع العقار كالبناء والشجر فإن كان يغير فعل أحد ، كتهدم البناء أو احتراقه ، فالشفيع إما أن يأخذ العقار بالثمن كاملا ، وإما أن يترك ؛ لأنه لا غريم له ، وإن كان يصنع المشتري ، فالشفيع مخير بين ترك الشفعة ، وبين أن يأخذ العقار بحصته من الثمن ، وطريقة معرفة ذلك كما بينا آنفا ، وفي الحال التى يكون فيها المتلف للبناء أو الشجر غير المشتري يرجع عليه هو بما غرم بسبب فعله .

§ ٩٩ — والثمن الذى يجب على الشفيع في الشفعة هو مثل الثمن الواجب على المشتري . فإن كان الثمن مثليا وجب مثله ، وإن كان قيميا وجبت قيمته ^(١) ؛ لأن الواجب هو المثل ، فإن أمكن المثل في الصورة والمالية وجب هو ، وذلك يكون في المثلى ، وإذا تعذر المثلى في الصورة ، كما في القيمى وجب المثلى في المالية وهو القيمة ؛ وعلى ذلك إذا تقايض شخصان فأعطى كل واحد عقاره في نظير عقار صاحبه ، فإن الشفعة تثبت لشفعاء العقارين ، ويكون الواجب على الشفيع قيمة العقار الذى اعتبرت قيمته ثمنا بالنسبة له .

وإذا حط البائع جزءا من الثمن عن المشتري فإن ذلك الجزء ينقص أيضا من الواجب على الشفيع ؛ لأن الجزء الباقي يكون هو الثمن ، ولكن إذا وهب البائع

(١) وقال أهل المدينة إذا كان الثمن قيميا تجب قيمة العقار المشفوع ، لا قيمة الثمن .

الثنى للمشتري ، فإن الشفيع لا يسقط عنه شيء ، لأنه لم يبق شيء يصلح
منا مستقلا .

وإذا زاد المشتري الثمن للبائع لا يلزم الشفيع هذه الزيادة ؛ لأنها تبرع من
المشتري ، والتبرع منه لا يلزم الشفيع ، وعساه يكون فعل ذلك مضارة بالشفيع ،
فيرد عليه قصده .

وإذا كان الثمن مؤجلا عن المشتري ، لم يثبت الأجل للشفيع عند الأئمة
الثلاثة من فقهاء الحنفية . وقال زفر ومالك^(١) والشافعي : ان الأجل يثبت في
حقه ، ووجههم أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذي ثبت وجوبه على
المشتري . والثنى الذي ثبت وجوبه على المشتري في حال التأجيل ثمن موصوف
بهذا الوصف ، فيثبت على الشفيع بوصفه . ووجه نظر الحنفية في هذا أن الأجل
لم يثبت وصفا للثنى ، ولكن ثبت شرطا في العقد بين البائع والمشتري ، والشروط
التي تكون بين البائع والمشتري لا تثبت في حق الشفيع ، فخير الشرط للمشتري
لا يثبت في حق الشفيع ، وشرط البراءة من كل العيوب لا يلزم به الشفيع ، وهكذا
فكذلك الأجل شرط بين البائع والمشتري لا يثبت في حق الشفيع . وعلى ذلك
يكون الشفيع عند الحنفية مخيرا بين أمرين : اما أخذ المشفوع فيه بثنى حال قبل
نهاية الأجل ، واما تأجيل الأخذ حتى ينتهى الأجل ، وليس معنى ذلك أن
يؤجل طلب الأخذ بالشفعة حتى ينتهى الأجل ، بل يطالب في المواعيد المقررة
الثابتة ، ولكن لا يأخذ العقار الا بعد أن ينتهى الأجل ويسلم الثمن . ولقد روى
عن أبي يوسف أنه قال ان : الطلب أيضا يتأخر ، لأن الطلب ليس بمقصود
لذاته ، بل للأخذ ، وإذا تأخر الأخذ يكون له الحق في تأخير الطلب .

وقد أخذ قانون الشفعة بنظرية الحنفية في أن الشفيع لا ينتفع بالأجل الذي
ضرب للمشتري ، وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة ، ونصها : « يحل الشفيع

(١) ولقد اشترط مالك لثبوت التأجيل في حق الشفيع أن يكون مليئا ، أو يأتي بضامن
يكفل الأداء ، وذلك معقول جدا .

بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضا البائع » .

مسقطات الشفعة

§ ١٠٠ — قد تبين مما تقدم الأمور التي تسقط بها الشفعة ، والآن نلخص بعضها فيها :

أ — الرغبة عن الشفعة صراحة كأن يقول : أبطلت الشفعة ، أو أسقطت حقى في العقار المشفوع فيه ، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة في ترك الشفعة ؛ وذلك لأن شرط الشفعة عدم الرضا بالخيال جارا أو شريكا كما تقدم ، ولأن الشفعة خالص حقه فله أن يتمسك به ، وله أن يتنزل عنه ، وإذا تنزل سقطت الشفعة والساقط لا يعود إلا بسبب جديد . وشرط الاسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع وقبل الحكم ، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعى للشفعة فلا تثبت ، ولا معنى لاسقاط حق لم يثبت بعد ، وبعد القضاء قد تثبت ملكيته للعين المشفوع فيها ، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ وذلك بمقد بينه وبين المشتري .

ب — وجود تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة ، ويكون ذلك تركا للشفعة دلالة . وذلك كأن يترك طلب الموائبة أو التقرير في ميقاتهما ، أو يستأجر المشفوع فيه من المشتري ، أو يساومه فيه ؛ لأن ذلك يعتبر اقرارا للملكية المشتري ، واسقاطا لحقه في الشفعة ، ومن ذلك أن يكون وكيل المالك في البيع كما بينا .

ج — إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ، لأنه إذا خرج من ملكه سقط سبب الشفعة فتسقط معه .

د — موت الشفيع ؛ فان الشفعة لا تنتقل إلى الموارث عند الحنفية ، وقد بينا ذلك في موضعه ، فارجع اليه .

الكتاب الثاني

نظرية العقد في الشريعة الإسلامية

العقد

§ ١٠١ — ذكرنا أن أسباب الملكية ثلاثة أنواع — أولاً — السبب المنشئ للملكية على الأشياء بعد أن لم تكن ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، وقد بيناه — ثانياً — الخلافة عن المالك ، وموضع ذلك الكلام في الوصايا والموارث — ثالثاً — الأسباب الناقلة للملكية من حيز إلى حيز ، وذلك يكون بالعقود التي تقيد نقل الملكية . وكلامنا الآن فيما يشمل هذا القسم الأخير وهو أحكام العقود . وتكتفى هنا بالأحكام العامة لها ، ولا نخص أحداها بالبيان . ولنبدأ بتعريف العقد :

يطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها ، وضده الخلل ، ويطلق بمعنى أحكام الشيء وتقويته . ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الخبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ما ينشئ التزاماً .

هذا معنى العقد في اللغة ، والمعنى الذي اصطلاح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له ، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له ، وتخصيص لما فيه من العموم . والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمأنيته يرى أن للعقد معنيين عندهم ، ويطلق باطلاقين ، فنرى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق ارادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه^(١) . ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والابراء والاعتاق وغيرها مما يتيم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني — اسم العقد ، ويطلقون على البيع ، والهبة ، والزواج ، والاجارة وغيرها مما لا يتيم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد .

(١) نظرية العقد لأستاذنا الدكتور السهوري بك ص ٧٩ ، ٨٠ .

وبجوار هذا نجد من الكتاب في الفقه من يعممون ، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعى سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين ، ويقولون ان كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد ، وقد بين ذلك أبو بكر الرازى في أحكام القرآن ، وهو يرى أن العقد في أصل اللغة الشد ثم نقل الى الايمان والتصرفات الشرعية ، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشئ يكون في المستقبل أو الزامه به ، فيسمى في نظره البيع والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشئ من جانبه ، وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقوداً ؛ لما فيها من هذا المعنى ، وكذلك البهيد أو الحلف على شئ في المستقبل يسمى أيضاً عقداً ؛ لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل إن الرازى يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقداً ؛ لأنه ألزم وفاءه في المستقبل ^(١) . وخلاصة القول ان العقد في نظر الرازى كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر في المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بالزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر ، وعلى هذا الاطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون في التعليق ، والشروط المقرنة بالعقد على الطلاق والايراء والاعتاق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقوداً ، الا على هذا المعنى ؛ لأنها تنشئ التزاماً بأمر في المستقبل ، وهو عدم الحل في الطلاق ، وعدم المطالبة في الايراء ، وسقوط الملكية في العتاق .

§ ١٠٢ — وإذا كان للعقد اطلاقان على ما تبين ، فالعلاقة المنطقية بينه وبين التصرف الشرعى ، أنه على اعتبار أن العقد توافق ارادتين ينشأ عنه التزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعى ^(٢) يكون التصرف الشرعى أعم من العقد ؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره .

(١) أحكام القرآن الجزء الثانى ص ٢٩٤ سورة المائدة .

(٢) معنى الحكم الفرعى هنا الاثر الذى يترتب عليه توافق الارادتين .

وأما على اعتبار أن العقد كل ما ترتب عليه التزام سواء أُنكح من توافق ارادتين ، أم بالتزام ارادة واحدة منفردة ، فيكون العقد مرادفاً للتصرف ، ومساوياً له في الدلالة والمعنى ؛ لأن التصرف الشرعى كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل .

وفي الجملة إن كتب الفقه تذكراً لكلمة العقد ، وتريد بها أحياناً المعنى العام ، وهو المراد للتصرف ، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص ، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعى يقرره الشارع ، وهذا المعنى هو الشائع الكثير المشهور ، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر الى الذهن ، أما المعنى الثانى ، فلا تدل عليه كلمة العقد ، الا بتنبه يدل على التعميم .

ولا نكاد نجد فيها يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق ، أو الاعتاق ، أو اليمين من غير تنبيه ؛ لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب إطلاق العقد فى المعنى الخاص ، دون العام الذى يراد به ما يرادف التصرف الشرعى .
ركن العقد^(١)

§ ١٠٣ — اذا سرنا على تعريف العقد العام الذى يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، كان ركن العقد مختلفاً باختلاف نوع التصرف ، فان كان من التصرفات التى تتم بإرادة واحدة كالعتق والطلاق ، والوقف من حيث انشاؤه (على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب) ، فالتصرف ينعقد بعبارة من له الارادة المنشئة للعقد من غير نظر الى رضا سواء ، ومن غير حاجة الى ضم عبارة غيره الى عبارته . أما ان كان من التصرفات التى لا تتم الا بتوافق ارادتين ، كالبيع والاجارة وغيرها ، فلا بد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الارادتين ، وتنبذان عن توافقهما والتقاءهما .

واذا كنا نسير على مقتضى المشهور الغالب ، وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، فلا بد لانعقاد العقد من عبارتين تدلان على توافق الارادتين ،

(١) المراد من الركن ما تتكون منه حقيقة العقد ، ولا تثبت ماهيته بثبوتاً حسياً الا به .

وقد اصطلاح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالإيجاب والقبول .
والإيجاب ما صدر من أحد العاقدين أولا ، والقبول ما صدر من العاقد
الثاني ثانيا ، وسمى القول الأول إيجابا ، والثاني قبولا ؛ لأن الإيجاب معناه
الاثبات ، ولما كان القول الأول أصلا لاثبات الالتزام ، والثاني يجهى مبنيا
عليه وما فيه من التزام إنما كان للرضا به ؛ لذلك كان الأول هو الإيجاب ؛ إذ
هو عمدة الالتزام وعماده ، وكان الثاني قبولا ؛ لأنه رضا بما في الأول من
التزام والزام . وما تضمنه القبول من الالتزام بالنسبة للعاقد الثاني ، الارضاء بما
تضمنه قول الأول من الزام ، فمثلا إذا قال البائع في إيجاب عقد بيع بعت هذه
العين بمائة ، فعنى ذلك أنه يرضى بخروج العين من ملكه في نظير مائة ، فيجابه
تضمن التزاما بخروج العين من ملكيته ، والزاما للمشتري بمائة ، فإذا صدر
القبول من المشتري فعنى ذلك قبول الالتزام ، والرضا بدفع المائة ، وهو الالتزام
الذى تضمنه الإيجاب .

ومن البدهة أنه لا بد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد
من مجموعهما ؛ لأنهما ما كانا ركنًا للعقد إلا لدلالتهما على توافق الإرادتين ، وتلاق
الرغبتين ؛ فإذا كان القبول مخالفا للإيجاب بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول
على غيره ، أو ورد الإيجاب مقيدا بوصف ، والقبول جاء مقيدا بوصف آخر ، كأن
يوجب العاقد عقد زواج بإيجاب فيه مقدار من المهر ؛ ويصدر عنها القبول بمهر آخر ،
ففى هذه الحالة لم يتلاق الإيجاب والقبول ولم يتوافقا ؛ فلا يوجد العقد ؛ لأن
توافق الإيجاب مع القبول هو حقيقة العقد ، ولم يوجد هذا التوافق .

بيد أنه إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب الى ما هو فى مصلحة الموجب ،
فإن العقد ينقصد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة فى الظاهر ، وتوافق فى الحقيقة
والواقع ، فإذا قالت المخطوبة تزوجتك على مهر قدره مائة ، فقال الزوج قبلت على
مهر قدره مائة وخمسون ، ففى هذه الحال تكون مخالفة القبول للإيجاب مخالفة فى
مصلحة الموجب ، وهو الزوجة ، فينقصد النكاح مع هذه المخالفة ، وذلك لأن من
ترضى الزواج بمائة مهرأ ترضى بالأولى بمائة وخمسين ، وليس التوافق بين الإيجاب

والقبول بلزوم لتكوين العقد إلا للدلالة على تلاقي الرغبتين ، وتوافر الرضا بالعقد من الجانبين ، ولا شك أن هذا النوع من المخالفة يدل على الرضا من الجانبين دلالة أبلى من التوافق في المعنى والحقيقة ، إذ القابل برضاه مهر أكبر مما أوجبت قد دل على رضاه بعقد الزواج بأبلغ وأمكن مما لو ذكر توافق الإيجاب مع القبول ، ولكن لا يجب عليه من المهر إلا مائة ، والخمسون لا تثبت الا اذا صدر عنها ما يدل على رضاها بهذه الزيادة ، وقبولها لها ؛ لأن شيئا لا يدخل في ملك الشخص جبرا عنه .

§ ١٠٤ — ولقد اشترط الفقهاء ؛ لكي يكون القبول متلاقيا مع الإيجاب مبنيا عليه ثلاثة شروط : أولا أن يكونا في مجلس واحد ، وثانيا ألا يصدر من العاقد الثاني ما يدل على اعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة تربطه بموضوع العقد ، وثالثا ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل .
وأما اشترط الشرطان الثاني والثالث ؛ لأن الفصل بكلام أجنبي اعراض عن الإيجاب ورفض له ، فيعتبر كأن لم يكن ، فاذا جاء قبول بعد ذلك ، فقد جاء على غير إيجاب ، وقام على غير عصاد . وإذا رجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد ، فقد سحب الإيجاب ، وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك واردا أيضا على غير إيجاب يبني عليه . والموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقيد بالقبول ؛ لأن الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد ، ولا يوجد العقد إلا إذا تم توافق الإيجاب مع القبول ، فما لم يوجد قبول لا يوجد عقد ، فلا يكون التزام ، ولذا يكون للموجب أن يرجع في إيجابه قبل القبول ، إذ لم يوجد بعد التزام بمنعه من الرجوع .

أما اشتراط المجلس الواحد للإيجاب والقبول ، فلأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد الا إذا التحق به قبول ، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الإيجاب ؛ ليكونا متلاقين من غير تراخ بينهما ؛ إذ كل تراخ من شأنه أن يلغى الإيجاب ، ولذا قال الشافعي إن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب . ولكن الحنفية لاحظوا أنه أن اشترطت فورية القبول للإيجاب كان في ذلك تضيق على

القابل ، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة ، لأن القابل قد يكون مفاجأ بهذا الإيجاب ، فاما أن يرفض فوراً ، فتفوت الصفقة ، واما أن يقبل فوراً ، وربما كان في العقد ضرره ؛ لذلك كان من المستحسن أن يكون عنده وقت للتروية والتفكير ، والموازنة بين ما يغرم في سبيل العقد وما يفتن منه ، فيوازن بين ما يناله من فائدة فيه ، وما يشبعه العقد من رغبة له ، وبين ما يذو وما يتركه في سبيله ؛ لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القابل إلى آخر المجلس ، ليكون لديه فسحة من الوقت ليستطيع أن يوازن ويقايس ، ويردد الأمر على كل وجوهه ، وإن قبل بعد ذلك صار العقد في عُنْفِه لا يستطيع عنه تحولا ولا فكاً ، ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ؛ لأن من مصلحة الموجب أن يعرف قبل أن ينفض المجلس ما ل إيجابه إلى قبول ، فيتقيد بالعقد ويرتبط به ، أم إلى رفض ، فيكون على بينة من أمره ، فإن مددنا حق القابل إلى ما بعد المجلس كان في ذلك ضرر بين بالموجب ، فكان من مصلحة الطرفين أن يكون المجلس الواحد هو الذي يحدد زمان تكوين العقد ، فإذا تفرق المجلس اعتبر الإيجاب كأن لم يكن ^(١) ، ولتكوين العقد من جديد لا بد من إيجاب جديد .

خيار المجلس

١٠٥ — خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدین النسخ ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان ، فحق النسخ ثابت لكلا العاقدین ما دام المجلس قائماً لم ينفض فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق النسخ بهذا السبب ، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة في ثبوته ، فالشافعي وأحمد بن حنبل قد أثبتا خيار المجلس ، وجعلا لكل واحد من العاقدین الحق في النسخ

(١) اشتراط إتمام المجلس في التصرفات التي لا تم إلا بإيجاب وقبول عام في كل هذه التصرفات ، ولكن استثنى منها الرصة فإنه لا تشترط لامقادها القبول في المجلس ، بل الشرط عدم الرد بعد الموت ، ولا عبرة بالقبول أو الرد في حالة الحياة .

ما دام المجلس قائماً ، فإذا تفرق المجلس لم يثبت ، غير انهما لم يثبتا ذلك الخيار في كل العقود ، بل في بعضها فقط ، وذلك أن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ؛ أو لازمة من جانب غير لازمة من جانب آخر ، كالرهن والكفالة ، وهذه لا يدخلها خيار المجلس ، لأن فسخها جائز من كل الوجوه ، أو في الجملة من غير حاجة إلى خيار مجلس أو غيره .

والقسم الثاني عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع ، وهذه أيضاً لا يدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها لا تنفصل عن أسبابها ، فبمجرد تمام العقد تترتب آثاره ، ولا يمكن تأخيرها ، إذ بمجرد تمام عقد النكاح تترتب كل آثاره ، ولا يوجد من الأسباب ما يجعل آثار العقد وأحكامه متأخرة عن سببه ، وهذه العقود لا تتم عادة إلا بعد افعال الفكر والروية ، فلا حاجة إلى خيار المجلس ، ولأن عقد النكاح وما يشبهه موضوعه المرأة وهي آدمى حر ، فإذا تم العقد بشأنها ، كان من هوانها وابتذالها أن يجاز فسخه فور عقده ، لهذا كله كان خيار المجلس غير ثابت أيضاً في هذا النوع من العقود باتفاق الفقهاء .

والقسم الثالث العقود اللازمة القابلة للفسخ ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه ، والاجارات ، وصلاح المعاوضة ، فلهذا كلها يثبت فيها خيار المجلس^(١) عند الشافعي ، واحمد بن حنبل ، وذلك للتروية في شأنها ، وليكون الرضا بها كاملاً ، ولذا يعتبر خيار المجلس لتمام الرضا ، وتقريره وتثبيته ، والشافعي منطقي في مذهبه ، لأنه وقد اشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، ولا يصح أن يكون بينهما تراخ زمني جعل زمن التروية للعاقدين ، الموجب والقابل معاً ممتدا إلى آخر المجلس فجعل لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد

(١) قد أخذنا هذا التفسير من أحكام القرآن للجصاص الجزء الثاني عند تفسير قوله تعالى « يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة » ومن أحكام القرآن للقرطبي في الجزء الخامس في تفسير الآية السابقة ، ومن تفسير الفخر الرازي لهذه الآية الجزء الثالث ، ومن المجموع على المذهب الجزء التاسع .

اللازم القابل للفسخ ، الى أن تفرق المجالس .
أما ابو حنيفة وأصحابه ومالك رضى الله عنهم فقد منعوا خيار المجلس في كل العقود سواء أكانت لازمة ، أم غير لازمة .

١٠٦ — وقد استدلل الشافعى وابن حنبل في اثباتهما خيار المجلس بما

يأتى :

١ — ما ورد من الآثار الصحيحة التى وافق على صحة سندها ، وصدق روايتها المثبتون لخيار المجلس والنافون ، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وروى أن ابن عمر كان اذا بايع أحداً ، وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلاً ثم رجع ، وذلك ليتم التفرق الذى جعل حداً لخيار المجلس ينتهى عنده ، ولا يمكن أن يفسر الحديث إلا بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم ما دام العاقدان فى مجلس العقد لم يزيلا ، فإذا زايلاه أحدهما فقد تفرقت المجلس فلا خيار ، ولا يصح أن تفسر كلمة (البيعان) إلا بالعاقدين اللذين تم بينهما الايجاب والقبول ؛ لأن الكلمة لا تحتل سوى ذلك ، ولا تدل على غيره ، فلا تفسر بالتساومين قبل أن يرتبط كلاهما بكلامه لهذا ولأن راوى الحديث ، وهو ابن عمر قد فهم أن المراد خيار المجلس ، وفهم عدم لزوم العقد قبل التفرق ، ولذا كان اذا بايع ، وأراد أن يكون البيع نافذاً لازماً سار خطوات ، وراوى الحديث اذا كان من أهل الاجتهاد والفقهاء يكون تفسيره له حجة مأمعة من الاحتمال ، وقاطعة للترديد ، فلا يفسر الحديث بما سواه ، ولأننا ان فسرنا كلمة « البيعان » بأن المراد منها (التساومان) ما كان للحديث معنى جديد ، لأن المعروف بالبدهة والفقهاء والرأى ، أن من يساوم فى شراء شئ أو يبعه هو بالخيار لا يوجد بعد ما يلزمه ، ويمنع تخييره ، وتفسير الحديث بما لا ثمرة له وهو بعيد الاحتمال والارادة — غير مقبول ، لأن صاحب هذا الكلام منزّه عن لغو القول ، وسقطه الذى لا مرمى له .

واذا كانت الآثار واردة بثبوت خيار المجلس فى البيع ، فهى تثبتة فى كل

عقد فيه معنى البيع ، والعقود التي في معنى البيع ، وتتفق مع البيع في العلة التي شرع من أجلها خيار المجلس — وهي التروى — هي عقود المعاوضات والعقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، وتنفصل أحكامها عن أسبابها .

ب — ان عقود المعاوضات قوامها التراضي ، والرضا أساسه الاختيار الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، وهي عقود اذا أبرمت واستقرت ، لزمّت ، لذلك كان لا بد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروية والتدبر ، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد ، فقيه تمكين للعاقد من أن يتروى ، ويتفكر ويتدبر ، قبل الايجاب والقبول وبعدها ، ليكون على بينة من أمره ؛ هذا والعرف قديما وحديثا ، على أن مجلس العقد في عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد ، إلا إذا تفرق العاقدان مصريّن على ما عقدا ، فليست العقود كلمات تلقى ، فتسجل على قائلها ، ويقتنص بها ، ولكنها ارادات ثابتة جازمة متوافقة ، فكل ما يدل على الاصرار مطلوب ، وكل ما يدل على التردد يجب أن يزال ، وقد جعلت الآثار وعرف الناس تفرق المجالس دليلا على عزم عقدة التصرفات المالية ^(١) ، وعلى انتهاء التردد المانع للزوم ، فكان العاقدان بالخيار ما لم ينفردا .

١٠٧ — وقد استدلل المالك وأبي حنيفة وأصحابه بما يأتي :

(١) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود ، ولا شك أن وجود العقد يتحقق بوجود العبارات المكونة له ، المثبتة لماهيته ، وهي العبارات الدالة على الايجاب والقبول ، وقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود النصوص المحكمة القاطعة في ثبوتها وفي دلالتها ، مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فبتحقق العقد يجب الوفاء ، وليس وجوب الوفاء إلا بثبوت الالتزام الذي أوجبه العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفرق المجالس يفيد

(١) راجع في هذه الأدلة المجموع على المذهب الجزء التاسع ، وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الخامس ، والمغني والفرح الكبير ، الجزء الرابع .

بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفي ذلك مناقضة لنص القرآن الذى أوجب الوفاء لمجرد العقد ، ولا شك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحاً فى سنده ، واضحاً فى معناه ، لا يصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم ؛ فيجب الأخذ بالقرآن ، ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن الكريم .

(ب) ان أساس عقود المعاوضات المالية الرضا ، فالرضا هو مناط الأحكام التى تثبت بها هذه العقود ؛ ولذلك يقول الله تعالى فى شأن عقود المعاوضات : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات ، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها ، وما رتبته الشارع لها من أحكام التراضى بين العاقدين ؛ وإذا كان التراضى بين العاقدين هو أساس الالتزام ، فبتحقق رضا طرفى العقد يثبت الالتزام من غير حاجة الى الانتظار الى آخر المجلس ، وان شرعية خيار المجلس ، وتأخير ثبوت الالتزام الى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الإيجاب والقبول من عاقلين مختارين حرى الارادة ، وقد ثبت وتحقق واستقر ، وكان له كل آثاره ، وكأن الحكم ببقاء الخيار الى آخر المجلس ، وعدم ثبوت أحكام العقد الا بعد الافتراق دليل على أن هذا الرضا لا يكفى لانشاء العقد ، بل لا بد معه من الافتراق ، أو كأن دلالاته على الالتزام مشروطة بالتفرق . وقد يكون ذلك الكلام مستقيماً ، لولا أنه كان من الذين يرون خيار المجلس ما يناقضه ، وذلك لأنهم قالوا ان أحد العاقدين لو قال للآخر بعد تمام الإيجاب والقبول اختر الآن ، فاختر فى الوقت نفسه يبطل خيار المجلس ، وتثبت كل أحكام العقد من غير حاجة الى التريث ، حتى نهاية المجلس ، فدل هذا على أن الرضا الأول كان كافياً وحده لاثبات الالتزام ، فتأخيرته عنه فصل بين متلازمين وهى الرضا والالتزام الناشئ عنه ، وذلك لا يجوز ، وأيضاً فان تفرق المجالس لم يعهد سبباً من أسباب الالتزام ، بل عهد فكا لعقدة

الكلام ، وباطالا للالتزام ، كالتفرق قبل القبول ، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن تعد الفرفة سبب الالتزام ، بل السبب هو الرضا الأول .

ج — وقد استدلل الحنفية والمالكية لا بطلان خيار المجلس أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة ونحوها ، وهي العقود التي اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها ، وقالوا : انه لا فرق بين النكاح والمعاوضات في كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول ، وفي أن الرضا الذي دلت عليه عبارتا الإيجاب والقبول ، هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفرقة بينهما بجعل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام الا بتفرق المجالس ، وعدم اشتراط ذلك في الثاني ، وان هذا التفرق من غير مقتض يقتضيه ، ولا داع يدعو اليه ، ولا يقال : ان النكاح يفكر فيه قبله ، والمعاوضات لا يجرى فيها التفكير من قبل ؛ لأن المعاوضات ذات الشأن والخطر يتروى فيها قبل العقد ، وما لا يتروى فيه قبل العقد لا يكون ذا شأن وخطر ، والمقول أن يكتفى في دلالة الرضا به على مجرد الإيجاب والقبول^(١) .

هذه أدلة طرفي النزاع في اثبات خيار المجلس ، وعدم اثباته ، ومن سياقها يتبين أن لكل وجهة هو موليا ، ولا شك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم الا بتفرق المجالس ، وذلك أخرى بالقبول في نظرنا .

(١) راجع في هذه الأدلة فتح القدير في أول البيوع ، وأحكام القرآن للجصاص في تفسير قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

الارادة المنفردة ، وانشاؤها للالتزام

١٠٨٩ — مما تقدم يتبين أن العقد بمعناه العام قد ينمقد من غير أن يحتاج الى ركنين ايجاب وقبول ، وقد يحتاج لانعقاده الى توافق ارادتين مظهرها الايجاب والقبول . أما بالمعنى الخاص فانه لا ينمقد الا بتوافق ارادتين ؛ وعلى ذلك نستطيع أن نقول ان العقد على التعريف الخاص لا يتكون بارادة منفردة ، بل لابد فيه من ارادتين ، أما بالمعنى العام فقد يتكون بارادة منفردة .

ومما يكن من أمر الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص ، فنقرر بلا خلاف أن التصرفات الشرعية التي ينشأ عنها التزام للشخص قد تنشأ بارادة منفردة ، وقد تنشأ بتوافق ارادتين ، وعندئذ نجد الشريعة الاسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية التي تقرر جواز انشاء الالتزام بارادة منفردة ، ولا تتفق مع النظرية التي تقصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول .

١٠٩ — ومن أجل أن يستبين مقدار العلاقة الرابطة بين الشريعة واحدى النظريتين ، وتبينها عن الأخرى يجب أن نقبس قبسة مما كتبه القانونيون ، لنجلى النظريتين مع الاجاز الشديد ، وللإطناب أهله ومواضعه من الكتب القانونية : يختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كون الارادة المنفردة منشئة للالتزام ، فالفقه الألماني يجعلها سببا للالتزام ، والفقه الفرنسي يقصر السببية الارادية على العقد ؛ ثم لا يقتصر الأول على جعل الارادة المنفردة من أسباب الالتزام ، بل يقرر هذا ، ويزيد أنها مناط الالتزام في العقد الذي يتكون بتوافق ارادتين ، فيقول أن احدى الارادتين هي التي تنفرد بانشاء الالتزام ؛ فارادة المدين هي التي أنشأت الالتزام واردة الدائن ما اشتركت في الانشاء ، ولكنها انضمت الى الارادة الأولى ليثبت الحق للدائن ، فكأن العقد الذي يتم بارادتين يتم فيه إعلان أحدهما انشاء الالتزام ، وقد استبدت به ارادة المدين منفردة ، والثاني أثبات الحق للدائن ، وذلك يتم بارادة الدائن ؛ لأن من المقرر أن حقا لا يثبت لشخص جبرا عنه .

ويستدلون لاثبات كون الارادة المفردة سببا للالتزام (١) بأن الإيجاب والقبول لا يكونان في وقت واحد ، بل يكونان في زمانين ، فلا بد لكي نسلم أن الارادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على إيجابه الى أن لحقه قبول القابل ؛ مع أنه لم يقم دليل على اصرار الموجب حتى وقت القبول ، والحكم باصراره فرض وتقدير^(١) ، وليس يجزم ويقين ، ولا يصح أن يحكم بالوجود مع عدم اليقين ، وإذا لم يقم دليل على بقاء الموجب مصرا على إيجابه حتى تم القبول ، فلم يبق الا أن نقول ان الإيجاب وحده هو السبب المنشئ للالتزام ولو لم يصر عليه صاحبه ؛ لأن الالتزام وجد بلا ريب ، ولم يصلح توافق الارادتين سببا له لاحتمال عدم الاصرار على الإيجاب قبل اتصال القبول به ، فلم يبق الا أن يكون الإيجاب وحده سببا ، والا كان الالتزام موجودا من غير أن يكون سبب منشئ له ، وذلك لا تسلمه البدهة ولا القانون .

(٢) ويستدلون أيضا بأن الارادة تلزم صاحبها إذا التزمت من غير حاجة إلى انضمام ارادة أخرى اليها ؛ لأن الحرية لها تبعات ، ومن تبعاتها الالتزام المبني عليها ، وإذا كانت الارادة الانسانية قد تحررت في أبواب الالتزام من كل القيود الشكلية ، فلا بد من أن نسير في تلك الحرية إلى آخر مداها بأن نجعل لها انشاء الالتزام مفردة ، وليس التمسك بضرورة توافق الارادتين إلا أثارة من آثار الشكلية لا يصح التمسك بأهدابها ؛ لأنها تحد من سلطان الارادة .

(٣) وفوق ذلك يجب أن نقرر أن التشدد في جعل الالتزام مقصوراً على توافق الارادتين يمنع صحة ضروب من المعاملات يجب أن يفتح الباب لها ، وأن يسعها القانون كمن يجعل على نفسه جمالة خاصة ، ليكافيء من يقوم بعمل من غير تعيين لشخصه .

ويحتاج الفقهاء الفرنسيون في رد هذه النظرية قاصرين الالتزام الارادى

(١) أو هو على حد تعبير علماء الأصول استصحاب للحال ، وذلك ليس حجة على البقاء عند أكثر الأصوليين .

على ما كان بتوافق ارادتين (١) بأن الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين تقتضى طرفين يشتركان فى انشائه ملتزما وملتزما له ، مدينا ودائنا ، فلا يتحقق إلا بعنصرين وطرفين ، وما دام قوامه الارادة ؛ فلا بد من تحقق الارادتين ، وتوافقهما على انشائه (٢) وأيضا ان سلمنا أن ارادة واحدة تنشئ مع أن ذلك لا يتفق مع طبيعته ، فان هذا التسليم سيؤدى حتما الى أن الارادة الواحدة تحله ؛ لأن ما يجعل علة للوجود يكون عدمه علة للعدم أيضا ، فاذا كانت الارادة المنفردة سببا مستبدا بالانشاء ، فالعدول عنها يجب أن يكون سببا لحل الالتزام مع أن أحدا لم يقل ذلك .

وما يدعيه أنصار الارادة المنفردة من احتمال رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل ، ثم اعتبار الارادتين غير متوافقتين بيقين — ادعاء لا يقوم على أساس صحيح ؛ لأن العدول احتمال غير ناشئ عن دليل فلا عبرة به فى الاستدلال ؛ بل ان كل الامارات والدلائل تناقض ذلك الاحتمال ؛ لأن من يكونان بصدد انشاء عقد يتساومان ويتفاوضان ، حتى تتلاقى ارادتهما ثم تصدر عنهما العبارات المنشئة للعقد قولاً وكتابة ؛ فالارادتان متلاقيتان بلا ريب ولا جدال (١) .

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفقهاء الألمانى والفرنسى ، فقد أخذ أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الارادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائى لا قاعدة أصلية ، ولقد أخذت به كثرة القوانين الحديثة فى أمور منها مبدأ تقيد الموجب بإيجابه بحيث لا يسوغ له الرجوع فيه مدة معينة لا يكون بعدها قبول غالبا ، ومنها الوعد بجائزة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يعد بمكافأة لمن يعثر له على شيء ضاع منه ، فانه يكون مأخوذ بوعدده وان لم يعين الدائن ، ومنها المؤسسات التى تكون لمصلحة جهة اجتماعية عامة ، أو لطائفة معينة ، فان المنشئ لها يلتزم

(١) ومصدرنا فى هذه الأدلة مطول الاستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد ، فليرجع اليه فى تميم بحثها ص ١٨٤ وما يليها .

بوجوده ، وإن لم يكن هناك دائن معين تتفق إرادته مع إرادة الملتزم^(١) .
هذه خلاصة نظرية الإرادة المنفردة وإنشائها للالتزام ، كما جاء بها الفقه الحديث ما بين آخذ بها ، ورفض لها .

§ ١١٠ — والآن نتقل الى الشريعة لنتعرف أقرها أم تنفيها ؟ أتذهب مذهب المغالين في الأخذ بها ، أم تذهب مذهب المتشددين في رفضها ؟ الحق ان الشريعة بشكل عام تعتبر الإرادة المنفردة منشئة للالتزام في كثير من الأحوال ولكنها لا تعتبر العقد الذي ينشأ بالإيجاب والقبول ، ولا يتم الا بهما قد استبدت بإنشائه إرادة اللوجب أو إرادة المدين ، وأن إرادة القابل أو الدائن لم تكن الا ليثبت له الحق باختياره ، بل ان الشريعة بالنصوص الواردة في مصادرها ، وبالعبارة الجارية على أقلام فقهاء في كتبهم وفتاويهم وأقضيةهم تنهى كلها بأن العقد الذي لا يتم الا بالإيجاب والقبول ، لا يستبد بإيجاد مقتضاه الإيجاب فقط ، لأن العقد الذي يكون كذلك لا يكون الا ربط الإيجاب بالقبول ، فما لم يوجد ذلك الربط بينهما لا يوجد العقد ، ولا يوجد التزامه .

وينبئ على ذلك ما يقرره الفقهاء قاطبة من أن الإيجاب غير ملزم للموجب ما لم يكن قبول ؛ ولذلك يكون للموجب أن يرجع في إيجابه متى شاء ما لم يكن قبول ، فليس ثمة في الشريعة إيجاب ملزم يمنع على الموجب أن يرجع فيه ، ويعدل عنه ، بل الملزم هو القبول مع الإيجاب ، بل لقد علمت أن بعض الفقهاء احتاط لجعل الإرادة من الطرفين جازمة قاطعة خالية من كل غرر ، حرة بعيدة عن كل التخاذق قريب الوقوع ، فجعل لكلا المتعاقدين الحق في العدول عن كلامه ما دام مجلس العقد قائماً ، ولم يتفرقا ، لذلك تقرر أن الحالة التي يسميها الفقه الحديث الإيجاب الملزم حالة لا تقرها الشريعة^(٢) ، بل يؤخذ من

(١) راجع كتاب نظرية العقد للدكتور السهوري بك .

(٢) لا تعرف في الصريعة إيجاباً ملزماً للموجب الا تملك الرجل لزوجته أمر نفسها ، فقد قالوا انه اذا ملكها أمر نفسها كان لابد أن تعيل في المجلس ، والا لم ينمق التملك ، ولكن ليس للزوج أن يرجع في إيجابه ، لأن ذلك بالنسبة له طلاق معاق على قبولها أى اسقاط معاق ، والاسقاط الملحق ليس للشخص أن يرجع فيه .

عبارات قبحائها وقواعدهم ما ينفيها ويناقضها كل المناقضة ، ولا ندرى بأى حق تقرر القوانين الحديثة أن يقيد أحد الطرفين ، حيث الثانى طليق لم يقيده شيء ؟ ان مبدأ المساواة بين العاقلين الذى تتمسك به الشريعة كل التمسك ينافى ذلك كل المناقضة .

والشريعة تعتبر الارادة المنفردة منشئة للالتزام فى كل تصرف ينشأ عنه التزام ، ويتم من غير ايجاب وقبول متوافقين ، والتصرفات التى من هذا القبيل كثيرة فمنها :

١ — **الوقف** : وهو يقابل المؤسسات فى القوانين الحديثة . وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف اذا كانت أولى طبقاته جهة لا ينحصر آحادها ، فهو ينعقد ، ويتم الالتزام الذى ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على انشاءه ، ونرى من هذا أن الارادة المنفردة هى التى أنشأته ، وأوجبت كل ما طواه مقتضاه من التزام تنفيذاً لما شرعه الله من مقتضيات للوقف ، وأثار لهذا التصرف . أما اذا كانت أولى طبقاته أشخاصاً معينين ، كأن يقول الواقف مثلاً وقتت على فلان وفلان أو على أولاد فلان ؛ فالكثرة الغالبة من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازماً بمجرد صدوره ، ولكن لا يثبت الحق للمستحق المعين إلا بقبوله ، وقد قالوا انه يكتفى من القبول بعدم الرد ، فلا يشترط القبول الإيجابى بأن يقول قبلت ، بل يكتفى بالقبول السلبي الضمني ، وهو ألا يرد . وذلك لكيلا يثبت حق لشخص من غير إرادته ، ولكيلا يدخل فى ملك الشخص شيء جبراً عنه ، فان من المقرر فى الشريعة الاسلامية أنه لا يدخل شيء فى ملك شخص جبراً عنه بأى سبب سوى الميراث على ما نوهنا فى أسباب الملك العامة ؛ فيكون الوقف على معين ومن بعده على جهة بر لا تنقطع قد تضمن أمرين : (أحدهما) الالتزامات العامة الذى من مقتضاها تقييد الواقف بمنعه من التصرف فى العين والغلات على غير الجهات للنصوص عليها فى كتاب وقفه وبغير الأحوال الذى نص عليها الشارع ، وأجازها فى التصرفات فى الاحباس منافها وأعيانها . و (ثانيهما) ثبوت الحق فى الغلات للمستحق المعين ، فأما الأول فيثبت

بالارادة المنفردة، وأما الثاني فلا بد له من قبول من الشخص المعين، وقد صرحت كتب الفقه الحنفى بأنه يكتفى بعدم الرد فى القبول^(١). وقد جاء فى الاسعاف ما نصه: « قبول الموقوف عليه الوقف ليس بشرط ان وقع لأقوام غير معينين كالفقراء والمساكين، وان وقع لشخص بعينه، وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله، فان قبله كانت الغلة له، وان رده تكون للفقراء، ويصير كأنه مات» اهـ. وإذا قبل المستحق الاستحقاق، فليس له أن يرد بعد ذلك؛ لأن فى ذلك نقضا لما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه، وان رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه، أو لجهة البرحقا ليس له أن ينقضه إذ رده أنصرف قد ترتب عليه حق لازم لغيره، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه.

ومن كل هذا يتبين بجلاء أن التزامات الوقف من حيث وجودها وتقييم الواقف بها تنشأ بأرادة منفردة، ولكن حق المستحق المعين فى الغلات لا يثبت إلا بقبوله، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يكتفى فيه بعدم الرد.

ب — الإبراء: فهو يتم من الدائن بشئ حاجة الى قبول المدين، وقد ذكر الفقهاء من الفروق بينه وبين هبة الدين لمن عليه الدين أن هبة الدين تحتاج إلى قبول، أما الإبراء من الدين فلا يحتاج إلى قبول، ولكن مع أن الإبراء من الدين لا يحتاج إلى قبول فهو يرتد بالرد^(٢). بمعنى أنه يكتفى فى رضا المدين ألا يرد، وإنما اشترط عدم الرد؛ لأن من ذوى المروءات من لا يقبلون من الدائنين إبراءهم، وما يعتبر من الإبراء حط الزوجة المهر عن الزوج، وتقص جزء منه، فانه يعتبر إبراء يرد بالرد، ولا يحتاج الى القبول؛ إذ يكتفى فى الرضا فيه بعدم الرد.

(١) راجع فى هذا بحث مشكلة الأوفاف للدؤلف الذى نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد السابع ص ٧١٢ وما يليها.

(٢) راجع كتاب الأشياء والنظائر الجزء الثانى ص ٤٣، ١٤٨.

وقاعدة انعقاد الإبراء من غير حاجة الى القبول الصريح قد استثنى منها مسائل منها الإبراء من السلم فيه؛ فانه لا بد فيه من القبول.

هذا مذهب أبى حنيفة بالنسبة للإبراء . أما مذهب مالك ، ففيه خلاف فمن الفقهاء فيه من قال إن الإبراء لا يتم إلا بالقبول ، ومنهم من قال انه يتم من غير قبول ؛ وذلك لأن بعضهم اعتبره اسقاطا ، فقال انه لا يحتاج الى قبول ، ومنهم من قال انه تمليك الدين للمدين ، فقال انه يحتاج في انعقاده الى قبول المدين . وقد ذكر صاحب الفروق الرأيين فقال : « الإبراء من الدين أفتقر الى القبول ، فلا يبرأ المدين من الدين حتى يقبل ؟ أم يبرأ إذا أبرأه الدائن وإن لم يقبل ؟ خلاف بين العلماء ، فظاهر المذهب اشتراط القبول ، ومنشأ الخلاف هل الإبراء اسقاط ؟ والاسقاط لا يحتاج الى القبول ، كالطلاق والعتق ؛ فانهما لا يفتقران الى قبول المرأة ، والعبد ؛ ولذلك ينفذ الطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد ، أم هو تمليك لما في ذمة المدين ، فيفتقر الى القبول ، كما لو ملكه عينا بالهبة ، أو غيرها ، فلا بد من رضا وقبوله ، وكذلك ههنا ، ويتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم في الإبراء ، وذو المروءات والأئمة يضر ذلك بهم ، ولا سيما من السفلة ، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أوردته نقيضا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها ، أو من غير حاجة اليها » .

وترى من هذا أن الفرق هين بين مذهب أبى حنيفة ، والراجح من مذهب مالك ، فإن المذهبين اتفقا في أن المدين له الحق في دفع ضرر المن والأذى عن نفسه ، ولكن أبى حنيفة أعطاه حق رد الإبراء فيبطل ؛ وإن كان لا يحتاج في أصل انعقاده إلى القبول ، والمرجح من مذهب مالك رضي الله عنه جعل الإبراء لا ينعقد الا بالقبول ترجيحاً لجانب التملك فيه ، ولدفع أذى المن وظهور الاحتياج^(١) .

ج — الكهانة : تنعقد بارادة واحدة عند الامام مالك رضي الله عنه ، ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو غائبا ، وتنعقد ، ويجب الوفاء على

(١) يلاحظ أنه في القانون المدني لا يتم الإبراء الا باتفاق بين الدائن والمدين ، راجع ص ١٧٤ من نظرية العقد للدكتور السنهوري بك .

الكفيل ، ولو كان القبول لازما ما انعقدت الا في حضرة المكفول له ، وللازم أن يكون معينا معروفا ، ولكن لا يلزم شيء من ذلك فدل هذا على أن القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة ، كما أن الاذن من الدين المكفول عنه ليس بلازم ^(١) أيضا ، فالكفالة اذن عند مالك تنعقد بارادة واحدة ، وهي ارادة الكفيل . وهذا هو أحد قولي الشافعي رضى الله عنه ، وهو قول أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنهم وعنه . أما قول أبي حنيفة ومحمد فالقبول لازم لانعقاد الكفالة ، ولكن أبا يوسف يرى أنه وان كان القبول ليس بلازم لانعقاد العقد ، ترد الكفالة برد المكفول له ، أما مالك فيستفاد من كتبه أن رد المكفول له لا يبطل الكفالة ؛ ولذا لو ذهب الكفيل وأدى الدين لزمه قبوله ، وليس له أن يرد الدين بحال من الأحوال ^(٢) .

وقد استدلل المشترون للقبول بأنه عقد كسائر العقود ، فلا يتم الا بإيجاب وقبول ، ولأنه فيه معنى التملك للمكفول له ؛ فلا بد من قبوله ؛ لأنه لا يدخل شيء في ملك شخص جبها عنه .

وقد استدلل الذين قالوا ان القبول ليس بلازم (١) بأن رجلا تعهدوا بأداء دين على ميت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأقر تعهدهم ولم ينكروا ، (٢) وبأن المريض اذا قال لورثته اضمنوا عني ما على من ديون لغرمائي والغرماء غيب ، فضمنوه صح الضمان وألزموا به ، ولا فرق بين المريض والصحيح في هذا (٣) وبأن الكفالة ليست تملكيا في أصل انعقادها ، بل هي في معناها ، ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ، فليست عقد تملك ، فلا يلزم لها القبول .

هذا والمتتبع للتصرفات الشرعية المستقرى لها يجد في ثناياها تصرفات كثيرة تتم وتلزم بارادة واحدة منفردة ، فثلا يجد المتتبع لأحكام الشفعة أن الفقهاء يقررون أن البائع لو حط عن المشتري بعض الثمن لزمه ذلك بالنسبة للشفعين ، وان لم

(١) راجع الفرح الكبير الجزء الثالث ص ٣٠٣ وحاشيته .

(٢) راجع الكتاب المذكور .

يصدر قبول لذلك الخط من الشئيع ، فكان ذلك تصرفا يتم التزامه بعبارة واحدة ، تنبئ عن ارادة واحدة .

وهناك قاعدة عامة في الشريعة أن كل تصرف هو في أصله للاسقاط لا للنقل ، يعتقد بارادة منفردة ، هي ارادة من يملك الاسقاط ، ولو ترتب على الاسقاط حقوق وواجبات ، فالطلاق يتم بارادة واحدة ، وان ترتب عليه حقوق للمرأة ، منها وجوب مؤخر الصداق ، ووجوب العدة عليها ، وغير ذلك .

ومن هذا كله يتبين أن الارادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية ، ولكن في التصرفات التي لا تنعقد بإيجاب وقبول . أما ما يعتقد بالإيجاب والقبول ، فالارادة المنفردة ليست هي مناط الالتزام فيه . والله الهادي الى سواء السبيل ، وشرعة الحق .

الرضا

§ ١٢٠ — ذكرنا أن أساس العقد هو ارادة العاقد المفومة من عبارته وهذا اذا فسرنا العقد بالمعنى العام الذي يشمل كل تصرف شرعى ، أو هو توافق ارادتين مظهرهما الإيجاب والقبول ان قصرنا العقد على المعنى الخاص ، وهو الذي لا يتم الا بالإيجاب والقبول . وعلى أية حال يكون أساس العقد الارادة ، وعقد النية . والارادة لها عنصران لا تتحقق بدونهما : أحدهما الاختيار ، وثانيهما الرضا . والاختيار كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم ، والأحكام التي يرتبونها ، هو القصد الى الفعل الذي يستطيعه الشخص ، سواء أكان ذلك الفعل قولاً أم غير قول ، فالاختيار في العقود القصد الى النطق بالعبارات التي تنشأ بها ، ما دام في استطاعته النطق بتلك العبارات ، قاصدا النطق بها ، متممدا ذلك ، ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال (١) حال القصد إلى معاني العقود ، والرضا بأحكامها ، والرغبة في آثارها ، (٢) وحال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلا ؛ لأنه قد توافر القصد إلى النطق ، وبذلك يتحقق الاختيار ، (٣) كما يشمل أيضا حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير اكراه أو

ارغام ؛ لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الارغام ، متحقق فيه وإن كان الرضا غير متحقق ، ولا ثابت .

هذا هو الاختيار ، كما يفهم من كتب أبى حنيفة وأصحابه ، فهو لا يتنافى مع الهزل ، ولا مع الإكراه . أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد ، والرغبة فيه ، فهو لا يتحقق بمجرد قصد إلى العبارات المنشئة للعقد ، بل لا يتحقق إلا بالرغبة فيه ، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجة في نفسه ، وملأت رغبة من رغباتها . فالرضا إذن لا يقتضى مجرد قصد كالاختيار ، بل لا يتحقق إلا بقصد كامل يشيع في جوارح النفس ، ويكون ملء الرغبة ، ولذا يقول صاحب كشف الأسرار : « الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب » (١) . فالرضا إذن لا يتحقق مع الهزل ، ولا مع الخطأ ، ولا مع الإكراه .

وخلاصة القول ان مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق بمجرد الرضا ، وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار ؛ إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته ، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار .

أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعى وغيره من المذاهب في معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ؛ إذ الاختيار عند الشافعى هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ، ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسى ، فلا يكون اختيار في مجرد قصد النطق ، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل ، كما لا يتحقق مع الإكراه والسيان والخطأ ؛ لأن العبارات التى قصد النطق بها في كل هذه الأحوال لا تدل

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١٥٠٢ .

على قصد نفسى ، وليست ترجحانا على ما يحالنج النفس من رغبات ؛ فالهالزل قامت القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود قاصداً معانها وآثارها ، فتجدرت العبارات من الدلالات على الرغبة الكامنة ، والمكروه ما كانت عبارته دالة على قصد إلى العقد ، ولكنها تدل على قصد إلى دفع الأذى ، ومنع الضرر ، واتقاء الشر ، وليس ذلك من قصد النفس إلى العقد ورغبتها فيه فى شىء^(١) .

ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا متلازمان عند الشافعى وغيره ماعدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

١٢١٨ — ولنعد ثانية إلى تكميل بيان مذهب أبى حنيفة وأصحابه فى الاختيار : قد بينا أن مذهب الحنفية لا ينظر فى تكوين الاختيار إلا الى القصد المجرد ، من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والعبرة فى ذلك القصد عندهم هى فى القصد الى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر الى القصد لأحكامها ، ولذلك يقال ان الهالزل مختار للعقد ، وان كان قد نادى جبارا من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد الى الأحكام ولا يريدّها ولا يبتغيها ، ولا يرمى اليها ، ولا اعتبار لها فى نظره ؛ لأن الاعتبار فى تكوين الاختيار فى القصد المجرد الى النطق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر الى ما سواها ، ولا تفكير فى غيرها .

والعماد الأول لتكوين العقود فى مذهب الحنفية انما هو الاختيار ، أما العنصر الثانى وهو الرضا ، فليس بالازم لانقضاء العقود ، ولكنه لازم لصحة^(٢) أكثرها ، وعلى ذلك تقول انه اذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانقضاء العقد فقد وجد العقد ، وان لم يكن رضا وارتياح نفسى ، وقصد الى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانقضاء العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى

(١) راجع الكتاب السابق ص ١٥٠٥ .

(٢) اذا لم يتوافر ما يجب توافره لانقضاء العقد يكون باطلا ، واذا توافرت أركان الانقضاء ، ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فاسدا ، وهذه التفرقة بين الانقضاء والصحة ، وبينه الباطل والفاسد خاصة بالحنفية ، وسنبين ذلك تمام البيان فى موضعه من بحثنا .

ترتيب آثاره الشرعية عليه ، و اقرار الشارع له ؛ ولا يلزم من وجود العقد صحته ، وترتب آثاره بمجرد تكوّنه ، بل قد يوجد ويكون فاسدا ، وعلى ذلك تقول : انه اذا كان أحد العاقدين في بيع أو اجارة أو نحوهما مكرها على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسدا ؛ لأن المهاد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد الى مباشرة السبب ، فينعقد العقد ؛ ولكن لم يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح ، فيكون العقد فاسدا ، وكذلك اذا باع أو اشترى أو أجر مثلا ، وكان هازلا عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، ففي هذه الحال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة في أحكام العقد غير متوافر — لم يصح العقد ، بل يكون فاسدا ، مادام مصرا على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فان عدل عنه انقلب العقد صحيحا ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة ، لوجود الهزل ، وقد زال بالأعراض عنه ، والرغبة في أحكام العقد ؛ ومن المقرر عند الحنفية أنه اذا فسد العقد لسبب من الأسباب التي تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته ^(١) .

§ ١٢٢ — ومما تقدم نرى أن الحنفية ينظرون في تكوين العقود الى صورها ، ومظاهرها الحسية ، من غير اتجاه الى النيات ، والرغبات للمستكنة التي تدفع الى العقود ، والغايات التي يرمى اليها العاقدون ، فاذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد ، أما الآثار فتلزم ان وجد رضا ، وان لم يوجد رضا فبعض العقود يكون فاسدا ، لا تترتب آثاره عليه ، ولا يقر الشارع العاقدين على وجوده ، بل يوجب فسخه وزواله أو الرضا به ، وبعض العقود ينعقد وتلزم آثاره ، وتحقق بمجرد الوجود الحسى بالقصد الى العبارة المنشئة للعقد ، والنطق بها ولنبين بإيجاز كلا النوعين من العقود والتصرفات :

التصرفات تنقسم الى قسمين : (أحدهما) يقبل النقص كعقود المبادلات

(١) خيار المهرط هو أن يشترط أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، واذا اشترطه أحد العاقدين لا تلازمه آثار العقد في مدة الخيار .

المالية ، والعقود التي تكون الأموال مقصودة بالذات فيها ، فـهذه تنعقد لازمة ان كان من شأنها اللزوم ، ولكنها تقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط يميزه كخيار الشرط ، وهذه تنعقد بوجود الاختيار ، ولكن لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الرضا ، فهي لا تكون صحيحة مع الاكراه ، ولا مع الهزل ؛ لأن الاكراه والهزل يعدمان الرضا ، ويمحوانه ، فلا يصح معهما هذا النوع من العقود ؛ لأن الرضا لازم لصحتها ، وان لم يكن لازما لانقائها ، فاذا صحب هذه العقود اكراه أو هزل فهي منعقدة فاسدة ، حتى يزول الاكراه ويوجد رضا ، أو يعدل الهازل عن هزله ، ويصر على العقد ، ويرضى به ؛ لأن سبب الفساد هو عدم الرضا ، وقد زال بوجوده ، فيزول معه الفساد .

(ثانيهما) تصرفات لا تقبل النقض في الجملة ان وجدت كالنكاح والطلاق والعتاق ، فان هذه التصرفات ان انعقدت تكون لازمة ، ولا تقبل النقض في أصل شرعتها ، وان كانت هناك أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها ، وهذه التصرفات التي لا تقبل النقض تظهر آثارها بمجرد انعقادها ، وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها ، ولذلك يعبر الفقهاء عنها بأنها لا تترأخى أحكامها عن أسبابها ؛ ولأن هذه التصرفات لا تقبل النقض ، ولا يروها الفسخ في أصل شرعتها ، ولأن أحكامها توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها — قال الحنفية انها تنعقد صحيحة ، ولو لم يتوافر فيها الرضا ؛ فالهزل والاكراه لا يؤثران في صحة النكاح ، بل ينعقد النكاح صحيحا مع الاكراه والهزل ، لأن الرضا ليس بشرط لصحته ، ولأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه ، وسببه يتحقق بالقصد إلى العبارات المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده ، والقصد إلى العبارات المنشئة له هو الاختيار المطلوب ، وهو يكون مع الاكراه ، فينعقد النكاح معه ، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده ، فلا يؤثر فيه عدم الرضا .

ولا شك أن هذا التقسيم الذي يجعل بعض العقود يلزم فيه الرضا ، وبعضه لا يلزم فيه إنما هو عند الحنفية أما عند الشافعية ومن سلك مسلكتهم ، وهو أخرى بالاتباع ، فالرضا ملازم للاختيار لا يتحقق أحدهما من غير الآخر ، وكلاهما لازم

لانعقاد العقود كلها ؛ سواء في ذلك ما يقبل النقص ، ولا يتصل حكمه بسببه ، وما لا يقبل النقص ، ولا يترأخى حكمه عن سببه ، فالنكاح وأخواته لا تنعقد مع الإكراه عند غير الحنفية ، لأن الاختيار اللازم لصحة العبارات المنشئة للعقد لا يتحقق إلا مع الرضا ، ولا شك أن الإكراه يعدمه ^(١) .

١٢٣ — وما دمنّا نتكلم عن الرضا في العقود ، وأثره ، وأحكام العقود ان فقدته وجب أن نشير الى موضوع يتكلم فيه الفقه الحديث في العقود وأقسامها ، وهو العقود الرضائية ، والعقود الشككية :

لقد كانت العقود في أوروبا قبل القرن الثالث عشر الميلادي شككية في مجلتها ، بمعنى أن العقد لا يعتمد في وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما ، ولا تعتبر العلة المنشئة للعقد تراضى طرفيه على مافيه من إلزام والتزام ، بل عناد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها ؛ ليكون للعقد قوة الإلزام ؛ ولينشأ به الالتزام ، فإذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال ، فقد وجد العقد من غير نظر لإرادة العاقدين ورضاهما ، ومن غير نظر الى ما يدل على ذلك الرضا من عبارات ، مادامت الرسوم والأشكال قد توافرت ، فلما جاء القرن الثالث عشر ، وجاء ماسمى بعصر النهضة ، نهضت الإرادة الانسانية تفرض وجودها في العقد فرضا ملزما ، لتكون هي العنصر المكون له ، ثم أخذت العقود في التحول والانتقال من عقود شككية الى عقود رضائية ، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد ، والعلة المنشئة له ، والمناط الذي يرتبط به العقد وجوداً وعدماً ، فإن وجدت ، وجد ، وإن لم توجد لا يكون العقد ، وإن لحقها غيب لحق الغيب ذلك العقد ، فأثر في كونه ووجوده ، ولكن بقيت آثاره من الرسوم والأشكال ، فكان من الضروري لاعتراف القانون بآثار بعض العقود واحترامها

(١) أخذنا ذلك الجزء ، وما سبقه من أصول نثر الاسلام وكشف الأسرار في عوارض الأهلية ١٥٠٨ ، ١٥٠٩ — ١٥٠٢ و ١٥٠٣ والتمهير الجزء الثاني في عوارض الأهلية ، وشرح المنار ، ومراجعة الأصول في عوارض الأهلية ، ويلاحظ أن الشافعي يرى أن الإكراه الباطل هو الذي يبطل التصرفات . وأما الإكراه الحق فلا يبطلها .

بعض الأشكال ، مع وجود الارادة والرضا ، كاشتراط التسجيل لنقل الملكية في العقود الناقلة للملكية اذا كان محل العقد عقاراً .

ولا زال بعض العقود لا يكفي في تكوينها الرضا من الطرفين ، بل لابد أن يضاف اليه أمور شكلية ليتكون العقد ، ويتقرر كعقد الهبة في القانون المصري ، فانه لا يتكون بمجرد وجود الرضا من الطرفين ، بل لابد لوجوده من الرضا والأمور الشكلية ، ولكن ذلك النوع من العقود الشكلية قليل ، ومع قلته يختلف عن شكلية القرون القديمة ، لأن الرضا في القديم لم يكن عنصراً من عناصر تكوين العقد ، ولذلك ما كان يطلعن في العقد بالغلط والتدليس والاكراه ^(١) .

١٢٤ — بعد هذه الإشارة السريعة نقول انه مما لا شك فيه أن الأصل في العقود في الشريعة الاسلامية أنها تقوم على القصد وإرادة العاقلين ، وأن الرضا لازم لصحة العقود في الجملة إلا ما استثنى عند الحنفية وحدهم فالأصل في العقود في الشريعة أنها لا تحتاج في تكوينها الا الى قصد عاقلها من غير حاجة الى أمور شكلية يشترطها الشارع ؛ ولذلك نستطيع أن نقول غير مغالين ان العقود الشرعية من النوع الذي يسمى في القانون عقوداً رضائية ، وليست من النوع الذي يقال انه عقود شكلية ، فالشريعة لاتعرف في جلتها الشكلية في العقود ، ولا تشترط أى شيء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه ، غير أنه يجب أن يلاحظ أمران ؛ نرى فيهما بعض الشكلية ؛ إذ نراها ذات أثر واضح ، بل ذات سلطان مكون في العقد في بعض صورها .

أحدهما — أن من العقود ما يقرر أبو حنيفة وأصحابه أنه يكفي لانقضاءها أن يقصد العاقل الى النطق بالعبارة الدالة على العقد ، ولو كان العاقل مكرهاً ، وتنعقد هذه العقود لازمة صحيحة مع الاكراه ، وهى العقود اللازمة غير القابلة للمسح كالنكاح ، وكأخلع بالنسبة للرجل لا للمرأة ، وغير هذا النوع من العقود

(١) راجع كتاب الالتزامات للأستاذ الدكتور السنهوري بك هامش ص ١١٥ .

أيضا يكفي لانعقاده القصد أيضا الى اللفظ الدال على العقد ، وإن لم ينطق به ، ولكنها تكون مع المزل والاكراه فاسدة لاصحيتها ، والمعروف المقرر عند أبي حنيفة وأصحابه أن العقد الفاسد منعقد ، ويرتب له الشارع أحكاما بقيود وشروط خاصة ؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكيان لهذا ، وبديل أنه اذا زال سبب الفساد انقلب صحيحا بالعبارات السابقة المنشئة له من غير عبارات أخرى جديدة ، وهذا كله يدل على أن الرضا ليس بال لازم لانعقاد العقود عند الحنفية ، وإن كان لازما لصحة أكثرها ، وإنما تنعقد العقود بنطق العاقد بالعبارات المنشئة لها ، فاصداً للنطق ، من غير نظر الى الرضا ، وكون النطق معبراً عن الرغبة والارتياح أو غير معبر .

ولكن جمهور الفقهاء يرى أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها من غير تفرقة بين عقود قابلة للنقض ، وعقود غير قابلة له ، فاذا وجد الرضا مع كل ما يجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد انعقد ، وكان صحيحا ، وإن لم يوجد لم ينعقد ، ولا يعترف جمهور الفقهاء بعقد ينعقد ويكون فاسداً ، إذ لافرق عندهم بين الفساد والبطلان ، فكل العقد الفاسد والباطل عقد غير منعقد .

ثانيهما — اتفاق الفقهاء على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لصحة الانعقاد ، بل لابد لكي يكون العقد صحيحا من الاعلام ، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الاعلان ، ولم يكتف بمضهم بالشهادة ، اذا لم يتوافر معها الاعلام ، وذلك لأن الاعلام غرض مقصود في الزواج ، إذ قد وردت الآثار متضاربة مقررة أن فرق ما بين الحلال والحرام الزفاف والاعلان . وقد جاء في فتاوى ابن تيمية ما نصه : « أمر بالولي والشهود ونحو ذلك في النكاح مبالغة في تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الضرب بالدف ، والولية الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء في الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ؛ فان البنى هي

التي تزوج نفسها^(١) . وأمر فيه بالأشهاد ، أو بالاعلان ، أو بهما جميعا ، ثلاثة أقوال^(٢) .

١٢٥ — وعلى ذلك يصح أن نقول ان عقد الزواج عقد شكلى ، لأنه لا يكتفى فى تكوينه برضا العاقدين ، بل لابد مع هذا الرضا من الاعلان والشهرة ، أو شهادة الشهود . وان شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد ، بل هما لفظان مترادفان فى نظر الجمهور . فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا ينعقد من غير الشهود ، أو من غير الاعلان ، أو من غيرهما على الخلاف فى ذلك بينهم .

أما مذهب الحنفية الذى يقول ان الشهود شرط لصحة النكاح ، وليسوا بشرط لانعقاده ، فهو الذى يحتاج الى نظر ؛ أيعتبر فيه عقد النكاح عقدا رضائيا ؟ أم يعتبر عقدا شكليا ، قد قال الثانى ، وهو كونه شكليا أكثر من كتبوا فى الالتزامات فى الفقه الحديث ، وقرره الاستاذ الدكتور السهنورى بك فى نظرية العقد ؛ ولكن جاء فى عبارات بعض حضرات الكتاب من أساتذة الشريعة الاسلامية ما يفهم منه أن عقد الزواج رضائى ، وليس بشكلى ؛ لأن الرضا هو العنصر الأساسى فى تكوين العقد ، وحضور الشهود شرط صحة فقط ، ونهج مثل هذا النهج بعض قليل من كتاب الفقه الحديث . والرأى عندى أن عقد الزواج عند أبى حنيفة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلى وما يحتاج به من أن عدم حضور الشهود فيه يترتب عليه أن يكون النكاح فاسدا لا باطلا — لاجدء فيه ولا ثمرة ، لأن من فقهاء الحنفية من لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده ، فان التفرقة بين باطل عقود المعاوضات وفاسدها أمر مقرر ، لوضوح الفرق بين آثارها فيها . أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد الفاسد ، والعقد الباطل^(٣) ، وهذا

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لا ينعقد بعبارات النساء ، بل لابد من ولى يتولى عبارته .

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .

(٣) يذكره الفقهاء من صور بعض النكاح غير الصحيح واعتبار العقد فيها كأن لم يكن ، وأن الدخول بسببه يعتبر زنى صورا ثلاثا (احداها) اذا كانت عبارة العقد صادرة عن =

رأى كمال الدين بن الهمام ، وذكره على أن المقرر الثابت في المذهب ، وابن الهمام هو من نعلم دقة واحكام نظر وتحريا للصدق في النقل . واذا لم يكن ثمة فرق بين باطل النكاح وفاسده ، بل كل نكاح غير صحيح هو نكاح لا يعتبر موجوداً في نظر الشارع ؛ لأنه لا يرتب عليه أى أثر من الآثار التي تكون لعقد النكاح في ذاته ؛ فمن الواجب إذن أن نقول ان حضور الشهود له أثر في كيان العقد ، فيكون النكاح عقداً شكلياً .

ولو تنزلنا في التسليم ، أو أخذنا بطريقة من يفرقون بين فاسد النكاح وباطله . وقلنا ان النكاح من غير شهود فاسد لا باطل ، فانا نجد هذا النوع من النكاح لا يعترف به الشارع ، بدليل أنه لا يثبت به من غير الدخول مهر ، ولا تثبت به نفقة ، ولا يكون لأحد الزوجين أى حق من حقوقه ، ويجب التفريق ، وان علم القضاء بأن شخصين يتعاشران بمقتضى هذا العقد فرق بينهما ، وفوق ذلك لا تثبت به حرمة مصاهرة . ولو كان عقداً معترفاً به من الشارع يقر بوجوده وتكوينه لكان مثبتاً لحرمة المصاهرة ؛ لأنه نكاح موجود ، ولكن الثابت غير ذلك ، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقول : ان النكاح من غير شهود نكاح غير معترف به من الشرع الاسلامي ، فهو غير موجود في نظره ، ويكون عقد الزواج اذن في نظر الفقه عقداً شكلياً ؛ لأنه لا بد لاعتراف الشارع به من الشهود .

قد يقول قائل : ان النكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يرتب عليه أنه

== غير أهلية (وثانها) اذا تزوجت المسلمة غير مسلم (ثالثها) اذا تزوج الشخص احدى محارمه أو زوجة الغير علماً بالحرمة ، ففي هذه الصور قال بعضهم ان النكاح باطل ، وان الدخول بسببه زنى لا يوجب عدة ، ولا يثبت نسباً ، وفهم كثيرون أن النكاح غير الصحيح منعقد فاسداً في غيرها ، بدليل أنه يوجب عدة ويثبت نسباً ومهراً عند الدخول ، وفي الواقع ان ذلك ليس منشؤه اعتراف الشارع بوجود العقد أو عدم وجوده ، إنما منشؤه قوة الشبهة في الدخول وضعفها ، فان شبهة الحل ضعيفة أو غير موجودة في الصور الثلاث المذكورة ، والشبهة قوية في غيرها ، ولذا اعتبر الدخول زنى فيها ، ولم يعتبر في سواها .

ان حصل دخول أن يثبت النسب ، ويجب مهر المثل وتلزم العدة ، وهو على ذلك يعترف الشارع بوجوده ، ويقر بكيانه ، بدليل أنه رتب هذه الآثار ، والجواب عن ذلك ان الذى جعل الشارع يرتب هذه الأحكام على النكاح الفاسد ليس هو العقد ، ولكن هو الدخول مع وجود شبهة ، تمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة توجب حداً ، بدليل أن تلك الآثار نفسها وبعينها ، تثبت فى الوطء بشبهة كأن يدخل رجل على امرأة يظنها عروسه ، وتظنه زوجها ، فى هذه الحال ، تثبت كل هذه الآثار ، مع انه لم يوجد عقد أصلاً ، وإذا كان كذلك فليس فى اثبات تلك الآثار من جانب الشارع للعقد الفاسد اعتراف به ؛ ولا اقرار له ؛ لأنها ثبتت لجرد الوطء بشبهة الخالى من كل عقد ؛ بل تصرح عبارات بعض الفقهاء بأن هذه الآثار أو بعضها ما ثبتت للنكاح الفاسد الا لأنه يشبه الوطء بشبهة فالشارع لم يرتبها على العقد ، ولكن رتبها على مجرد الدخول مع الشبهة .

وهنا نزلنا مع القائلين : إن النكاح عقد غير شكلى ، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره بمقتضى كونه عقداً له وجود وكيان ، فان الرضا فى العقود كلها فى مذهب أبى حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسداً ، ولا يمكن أن يؤثر فى انعقاد العقد ووجوده ، بل كل العقود تعتبر منعقدة وموجودة مع عدم وجود الرضا ، فان قلت ان النكاح عقد غير شكلى ؛ لأنه يعتقد من غير شهود ، وان كان فاسداً قل ان العقود كلها فى فقه أبى حنيفة عقود غير رضائية ؛ لأنها تنعقد وتتكون ، ويكون لها وجود من غير توافر الرضا فيه ، وذلك ما لم يقله أحد ، ولا يمكن أن يقره القائل : ان النكاح عقد غير شكلى . ثم ان الرضا ليس ركناً مكوناً فى عقد النكاح عند الحنفية ، وعدمه لا يوجد أى خلل فى عقد النكاح ، بدليل أن النكاح ينعقد عند الحنفية مع الهزل ومع الاكراه ، ويكون صحيحاً تترتب عليه كل أحكامه ، فلا يمكن الا أن يكون شكلياً ، ومعنى الرضائية فيه أقل بكثير من معنى الشكلية .

وليست الشكلية في عقد الزواج بغاضة من قيمته ، بل هى دليل على عظم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية ، فان العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون الا باباحة الشارع ، وبكامة الله ورحمته ؛ فلا تناط تلك الاباحة بارادة العاقدین المجردة ، ولا برضاها المنفرد ، بل لابد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التى كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض ، وحفظا للحرمات ، ومنعا للسفاح ، فوضع الشارع حدودا ورسوما تكون حدا حاجزا بين الحلال والحرام ، وفيصلا للتفرقة بين النكاح والسفاح ، كما تكون فاصلا بين عشرة الاحصان ، وعشرة الأخدان ، وكان ذلك الشهرة والاعلان ، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بارادة العاقدین .

الآلفاظ

§ ١٢٦ — قلنا ان أساس العقود القصد والاختيار والرضا ، ولكن هذه معان نفسية لابد لها من أمر حسى ينبىء عنها ، ويدل عليها ، فكان ذلك الأمر هو الآلفاظ ؛ لأن اللسان خلق معبرا عن الجنان ، والعبارات هى الأصل فى الدلالات على الأشياء ؛ لذلك كان أساس العقود العبارات الدالة عليها . وعند العجز عن النطق (كأن يكون اللسان مثوقا بالخرس) تكون فى هذه الحال الاشارة الحسية التى تعارف المتصلون بالأخرس معه على دلالتها على انشاء العقد قائمة مقام العبارة ، وإذا كان الأخرس يجيد الكتابة ؛ فمن الفقهاء من لا يميز عقوده إلا بها ؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها ، ولا يصح العدول عن الدلالة القوية الى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه ، وكانت فى الاستطاعة ، ومن الفقهاء من يميز مع قدرة الأخرس على الكتابة أن يعقد بالاشارة^(١) ؛

(١) القول الأول متفق مع رواية كتاب الأصل لمحمد ، والقول الثانى يتفق مع رواية الجامع الصغير ، فكأن فى المسألة روايتين ترتب عليهما قولان .

لأن العبارة هي الأصل ؛ فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له في غيرها ، قام كل ما يدل على العقد مقامها ، سواء أكان إشارة أم كتابة ؛ إذ هما سواء في كونهما لم تكونا أصلا في التعبير عن معاني العقود .

ونرى المذاهب المختلفة تتفق في جعلها على أن الأصل في العقود أن تنعقد بإيجاب وقبول ، وأن يكونا بلفظين ماضيين ، لابلغظين يدلان على الاستقبال ، ولا بلفظين أحدهما مستقبل ^(١) ، والآخر لماضي . وعلّة التقييد بالماضي للفقهاء فيها طريقتان : (١) فمنهم من علل ذلك بأن الألفاظ الدالة على الحال ليست متممحة له ، بل تحتمله وتحتمل الاستقبال ، والتعبير بالمستقبل مساومة أو عدة ، فن قال بعنى هذه الدابة بعشرة فهذه مساومة ، وإذا قال أبيعك فهذه عدة ؛ وإذن فالضارع والأمر لا يدلان على إنشاء العقد ، فالماضي هو الذى يمكن أن تؤدى به هذه الدلالة . (٢) ومن الفقهاء من علل اشتراط لفظ الفعل الماضى للدلالة على إنشاء العقود بأن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاما وآثارا ، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار ، وإذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكاما ، فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها ، وقد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل في عقودهم عليه السلام لفظ الماضى ، وكان مقتصرًا عليه ، ولكن أكثر الفقهاء قالوا : إن الأثر في ذلك معلل بأن لفظ الماضى أدل الألفاظ على تحقق الوجود ، فكان أنسب الألفاظ لإنشائها ، وبأن اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقد على الألفاظ الماضية ، ولذلك إذا نوى العاقدان بالألفاظ الدالة على الاستقبال أو الحال إنشاء العقد في الحال ، وأعلنا هذه النية انعقد العقد ، ولذا يقول كمال الدين بن الهمام في فتح القدير في كتاب البيع مانصه :

(١) وقد استثنى الفقهاء من ذلك عقد النكاح ، فقد قالوا انه ينعقد بعبارتين أحدهما متممصة للمستقبل والثانية لماضى فيصبح أن يقول أحد العاقدين زوجتى ابتك فيقول الآخر قبلت ، ويعمل الفقهاء جواز ذلك بتعليقين مختلفين : أحدهما أن الصيغة الأولى الاستقبالية توكيل ، والثانية تول للعقد من الجانبين ، وعقد الزواج يصبح أن يتولا عاقد واحد عن الطرفين بخلاف سائر العقود ، والثاني أن احتمال المساومة في النكاح بعيد ؛ لأن مجلس عقد الزواج يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتعلق به ، فيتمحض لفظ الاستقبال للعقد في الحال لعدم احتمال المساومة التى يفيدها في أصل لفظ الاستقبال .

« واعلم أن عدم الانقضاء بالمستقبل هو إذا لم يتصادق على نية الحال ، أما إذا تصادق على نية البيع في الحال ، فينقذ به في القضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال ، فيثبت بالنية» ويقرر الفقهاء أن العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها ، وبالمقصود من العبارة ، لا المفهوم اللغوي المجرد لها ، ولذلك يقول كمال الدين بن الهمام أيضا : « لا يثبت الحكم بمجرد اللفظ بلا نية ، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أَرَادَهُ به ، وحيث فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانقضاء به على النية ، ولذا لا يصح بلفظ بعت هـ لا فهو ينقذ بالماضي وغيره بالنية ، ولا يصح بالماضي وغيره بلا نية » ويسرد صوراً كثيرة للبيع تحلل فيها العاقدان من التعبير بلفظين ماضيين ومنها إذا قال المشتري اشتريت منك بألف ، فيقول البائع هات الثمن ، وكذا إذا قال هذا على بألف ، فقال الآخر قبلت . ولو قال هو لك بألف إن وافقت أو أعجبك أو إن أردت ، فقال واقفي أو أعجبني أو أردت ، فيكمل هذه العبارات ينقذ عقد البيع ، وما يشبهه ، لوضوح إرادة العاقدين للانشاء من هذه العبارات ، وإن لم تكن الصيغة بأفعال ماضية ^(١) .

وترى من هذا أن الفقهاء يبدون بادی الرأي متشددین في أن تكون صيغ العقود بألفاظ ماضية ، ثم اذا سرنا معهم في تحليل الفكرة وجدناهم متحليين من ذلك التقييد بله التشدد فيه إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقييد بألفاظ ماضية أو صيغ خاصة ^(٢) ما دام العرف يقرر دلالتها ، والنية مقترنة بها ، ومعها ما تحمل في ثنائياها من إرادة ورغبة في العقد في الحال .

١٢٧ — وإذا كانت الألفاظ هي العباد الأولى في التعبير عن العقود وأنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها ، لوضوح دلالتها على إنشاء العقد ،

(١) راجع فتح القدير في كتاب البيوع الجزء الخامس ص ٧٦ ، ٧٧ .

(٢) من هذا التقرير يتبين أن الفقهاء لم يقيدوا الناس بصيغ خاصة وتعاير خاصة ، حتى يحاول بعض الباحثين تحليل ذلك بعزل بعيدة ، مثل قوله ان التمسك بالألفاظ في المصلحة من بقايا التأثير السحري للألفاظ عند المرفقين ، كأن عبارات العقود في المصلحة تعاويز أرقى ، والحق أن لا شيء من ذلك لما علمت .

فلذلك قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هي الأصل لانشاء العقود ، والأفعال لا تعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوى عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية ، فإذا ساوم شخص شخصا آخر على شراء شيء ، ثم أعطاه الثمن وأخذ المبيع فقد انعقد العقد ، وكذلك من ركب عربة معدة لنقل الناس ، ونقد صاحبها أو العامل فيها الأجرة ، فقد انعقدت الاجارة ؛ لأن هذه الأفعال تنبئ في ثناياها على ما تدل عليه الأقوال . غير أن الفقهاء لم يكونوا على سنن واحد في احلال الأفعال محل الأقوال في العقود ، واقرارهم انعقاد العقود بها ، فمنهم من منع انشاء العقود بها الا بقدر ، ومنهم من أجاز وجعل اللفظ أولى ، ومنهم من ترك الأمر الى العرف ، فالأقوال ثلاثة :

(أولها) أن العقود لا تنعقد الا بالأقوال ، ولا تنعقد بالأفعال الا عند المعجز عنها كحال الأخرس على النحو الذى بيناه ، وذلك لأن الأفعال ليس لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات ، وعلى رضا الشخص الذى يقيد به أمر تظهر آثاره فى القابل ، فذلك لا يتم الا باللفظ المعبر المنبئ عن حقيقة النية ، والمنبئ عن تعهدات النفس التى تتقيد بآثارها القابلة ، وعلى ذلك لا ينعقد عقد بمجرد المعاطاة ؛ فالبيع لا ينعقد بالمعاطاة باعطاء الثمن وتسلم المبيع بعد المساومة ، والاجارة لا تنعقد باعطاء الأجرة والتمسك من الانتفاع ، بل لا بد فى كل هذا وأشباهه من عبارات ، والا ما كان عقدا . وهذا هو ظاهر مذهب الشافعى ، وهو مذهب الظاهرية ، وفى مذهب الشافعى بعض آراء لمجتهديه تميز العقد بالمعاطاة اذا كان محل العقد من المحقرات ، ويختلفون فى حد المحقرات من الأشياء ، ثم يرجعون أن ذلك أمر مسترولك للعرف والعادة ، فسايعده العرف حقبنا انعقد العقد عليه بالمعاطاة ومهما يكن من أثر هذا الخلاف ، فالمشهور المأثور عن الشافعى وهو الراجح عند المجتهدين من بعده فى مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال ، جل موضوعها أو هان^(١) .

(١) جاء فى المجموع فى بيان أحكام ما جرت به عادة الناس فى عقود بالمعاطاة فى بعض الأشياء ما نصه « وإذا قلنا بظاهر المذهب فما حكم الذى جرت العادة من الأخذ والعطاء ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه إباحة ، وبه أجاب الفاضى أبو الطيب . . . قال إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له (قلت) فهو إذن معاوضة ، فأصحهما (هو ثانيهما) حكمه حكم =

القول الثانى — ان الأصل فى العقود أن تكون بالألفاظ بلا ريب، ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ اذا وجدت قرائن تدل على الرضا، وتعلن الارادة، كمن يدفع ثوبا الى خياط ليخيطه، ومن شأن الخياط ألا يعمل إلا بأجر، أو يركب فى سفينة ملاح معدة للاستغلال بالركوب، أو يركب عربة معدة لركوب العامة بأجرة كالترام ونحوه، ونحو ذلك من عقود البيع والاجارة، « فان هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها، لتسدت أمور الناس، ولأن الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل الدال على المقصود، وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة^(١)، وهو قول فى مذهب أحمد »، ولا شك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد، وأقرب الى التساهل.

القول الثالث — أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به، وكل ما يعتبره الناس دالا على الاجارة فالاجارة تنعقد به، من غير نظر الى كون الفعل قائما مقام اللفظ أو غير قائم مقامه، وان اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد لا فى شرع، ولا فى لغة، بل يتنوع بتنوع الناس، كما تنوع لغاتهم، فان لفظ البيع والاجارة فى لغة العرب ليس هو اللفظ الذى يدل عليه فى لغة الفرس أو الروم أو الترك أو الحبشة، بل قد تختلف أنواع الدلالة فى اللغة الواحدة. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاهد به

المقبوض بسائر العقود الفاسدة، فلكل واحد منها مطالبة الآخر بما سلمه اليه مادام باقيا، وبضمانه ان كان تالفا... وعن الشيخ أبى حامد أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر، وتبرأ ذمتها بالتراضى، وهذا بشكل بسائر العقود الفاسدة، فانه لا يراه وان وجد الرضا « اه المجموع ج ٨ ص ١٠٠.

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٨. والمنصوص عليه فى كتب الحنفية أن بيع الماطة يجوز فى الحقيق والحظير (راجع فتح القدير الجزء الخامس فى كتاب البيع).

غيرهم من أهل لغة أخرى، إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم، وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية؛ للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية، والضمير المستكن، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد^(١).

١٢٨ — هذه خلاصة اختلاف العلماء في إنعقاد العقود بالأفعال، وهو واضح كل الوضوح في العقود المالية، ولكن هذا الاختلاف ينتهي الى الاتفاق في عقد النكاح؛ فإن المتفق عليه أن عقد النكاح لا ينعقد الا بالألفاظ الدالة عليه، والألفاظ الصريحة فيه، سواء أكانت حقيقة لغوية فيه، أم مجازا مشهورا وصل الى درجة الحقيقة اللغوية أم مجازا وضعت فيه القرينة، وذلك على بعض المذاهب^(٢)، ومهما يكن من اختلاف في بعض هذا، فمن المتفق عليه أنه لا يكون إلا بالألفاظ الدالة عليه دلالة واضحة، ولا شك أن اجماع العلماء على أن عقد النكاح لا يكون إلا بالألفاظ، وبالألفاظ الصريحة في معناه، أو الواضحة للدلالة عليه، ولو بطريق المجاز المشهور على رأى الأكثرين في موضعه، وله حكمته؛ لأن موضوع عقد النكاح لا تتأتى فيه المعاطاة التي تغنى عن العبارة اللفظية، وتقوم مقامها؛ ولأن الاشهاد لا يكون إلا على لفظ صريح واضح ولو بطريق المجاز؛ ولأن عقد الزواج فيه معنى العبادة من ناحية، وله بعض أحكامها، فاذا ناط الشارع أحكامه بالألفاظ، بل ببعض الرسوم والأشكال، فذلك مما يتلاءم مع فكرته، وما يراه الفقهاء من أن فيه ناحية من العبادة. لهذا ولما ذكرنا من أن العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم، والاباحة كانت من الشارع رحمة منه وحفظا للنوع الانساني على الوجه الأكمل، ناطت الشريعة تلك الاباحة ببعض الرسوم والأشكال والألفاظ.

(١) هذه الأقوال ملخصة من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١.

(٢) لقد شدد الشافعي فقال انه لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزوج، ولا ينعقد بلفظ الهبة والعطية لأن دلالة هذين اللفظين على النكاح صريحة، وغيرهما ليس بصريح فيه، بل هو كناية، وإن وجدت قرينه ارادة الزواج.

ولمعى العبادة فى بعض نواحى النكاح قال بعض الفقهاء ان النكاح لا ينعقد بغير العربية ممن يستطيعون الكلام بها ، ويفهمونها ، لأن العبادة بغير العربية لا تجوز إلا لمن لا يستطيع النطق بها ولا يفهمها ، ولقد رد ابن تيمية هذا الرأى ، وقال : « انه (أى النكاح) وان كان قرابة فائما هو كالعتق والصدقة ، ومعلوم أن العتق لا ينعين له لفظ لا عربى ، ولا عجمى ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا ينعين لها لفظ عربى بالاجماع ، ثم الأعمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التى اعتادها . نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهة اعتياد الخطاب بغير العربية لغير حاجة » (١).

١٢٩ — ولقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب فى التشديد فى أن يكون النكاح بألفاظ ، وعناية الشارع الإسلامى بالألفاظ الدالة عليه ، ورجع ذلك السبب الى أربعة أوجه هى فى ذاتها أربع قواعد فقهية ننقلها لما فيها من فائدة وأحكام ودقة ، وهى ذى :

الوجه الأول — أن النكاح لابد فيه من لفظ يشهد عليه أنه نكاح ، لاسفاح ، لأن القاعدة أن الشهادة شرط فى النكاح ، إما مقارنة للعقد ، كما قال الأئمة الثلاثة ، أو قبل الدخول كما قال مالك ، وعلى التقديرين لابد من لفظ .

الوجه الثانى — أن النكاح عظيم الخطر ، جليل المقدار ، لأنه سبب بقاء النوع الانسانى ، وسبب للعفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب للمودة والمواصلة والسكون ، وغير ذلك من المصالح ، والقاعدة أن الشئ إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه ، وبولغ فى إبعاده ، تعظيما لشأنه ، ورفعا لقدره ، ألا ترى أن المرأة النفيسة فى مالها ، وجمالها ، ودينها ، ونسبها ، لا يمكن الوصول إليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظيم ، وأن المناصب الجليلة ،

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ .

والرتب العلية كذلك في العادة ، وأن الذهب والفضة لما كانا رموس الأموال ، وقيم المتلفات شدد الشارع فيهما ، فاشتراط المساواة والتناجز ، وغير ذلك من الشروط التي لم يشترطها في سائر العروض ، وأن الطعام لما كان قوام البنية الانسانية منع الشرع بيعه نسيئة بعضه ببعض . . . لذلك كله شدد الشرع في النكاح ، فاشتراط الصداق والشهادة ، وخصوص الألفاظ .

الوجه الثالث — أن الأصل في السلع والعروض الاباحة ، والأصل في العلاقة الجنسية التحريم ، حتى يكون عقد نكاح — والقاعدة أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحة أكثر من الاحتياط في الخروج من الاباحة الى الحرمة ؛ لأن التحريم يكون لمنع المفاسد ، فيتعين الاحتياط للخروج منه ؛ فلا يقدم المكلف على اباحة محل فيه احتمال المفسدة الا بسبب قوى ، يقطع بزوال تلك المفسدة ، أو يعارضها — أما ما الأصل فيه الاباحة ، فتمنع الاباحة عند طروء المفسدة بما يسر من الأسباب . . . ولهذا القاعدة لم يميز النكاح بكل لفظ ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح ؛ اذ هو خروج من الحرمة الى الحل ، وجاز البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين ؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمة .

الوجه الرابع — عموم الحاجة الى البيع ونحوه ، مع كثرة الوقوع والحصول ، وتكرر العقد عند كل حاجة ؛ إذ لا غنى للإنسان عن مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومركب ، بخلاف النكاح ، فانه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد . والقاعدة في الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر ، والتشديد فيما لا يعم ولا يتكرر ^(١) .

النية والألفاظ

§ ١٣٠ — قد بينا أن قوام صحة العقود الرضا ، وأن الارادة هي العامل

(١) نقلنا هذه الوجه بصرف للتوضيح من الجزء الثالث من تهذيب الفروق ص ١٨١ ،

١٨٢ المطبوع على هامش الفروق للقرافي .

الأول في تكوين العقد ، وأن اللفظ معبر عن هذه الإرادة ، كاشف عنها ، ولكن أنطاط الأحكام بتلك الإرادة ، فيبحث عنها من غير تقييد باللفظ المكون للعقد ؟ أم العبرة بظاهر القول . فيعتبر معلنا عن تلك الإرادة من غير بحث فيما وراءه للكشف عنها ، وتقصى أغوارها ؟ ولنضرب لذلك مثلاً يحرر المراد ويعينه : إذا طلق رجل زوجته طلاقاً كان مكلاً للثلاث التي يملكها ، فتزوجت بزواج آخر لا لتدوم العشرة ، ويؤدم بينهما بحياة زوجية ، بل لتحل به للأول ، ويصح له أن يعقد عليها ، أيكون هذا زواجا صحيحا ، له كل أحكام الزواج الصحيح الذي لا يقبل فسخا ؟ لا شك أننا ان نظرنا الى ظاهر القول ، ولم نلتفت الى ما وراءه ، ولا الى الدوافع والغايات ، فلا بد أن نحكم بأن النكاح صحيح له كل أحكامه وآثاره ؛ لأن الدوافع والغايات لم يكن في لفظ العقد ما يعلنها ويكشفها ، فهو نكاح غير مؤقت بمقتضى لفظه ، فلا سبب يوجب فساد . وان نظرنا إلى النيات المستترة ، والغايات المستكنة المتفق عليها بين طرفي العقد ، حكنا بأنه عقد غير صحيح ؛ لأن العاقدین عقدها على نية الانفصال القريب ، فهو على هذا عقد مؤقت ، أو بعبارة أخرى لم يرد به العاقدان نكاحا بمعناه الشرعى .

من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث عن النيات والأغراض والمقاصد إلا إذا دل عليها بلفظ يعلنها في العقد ، ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والدوافع ، وفسر ألفاظ العقد على مقتضى ما تعطيه تلك النيات ، وما توهم اليه تلك الأغراض ، فهم لا يفهمون لفظ العقد بمقتضى الدلالة اللغوية والعرفية فقط ، بل يفهمونه بمقتضى هذه الدلالة مع غرض المتكلم ونيته ، ما ظهر منها وما بطن ، ما دامت هناك قرائن تكشف عنها ، وتعلنها .

§ ١٣١ — وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المسكونة لها من غير نظر الى النيات والأغراض الشافعى رضى الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه ، لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر

فى الشريعة الاسلاميه ، فالنيات أمور علمها عند الله ، ولا يجليها إلا يوم يكون الأمور كله لله ، فالبحت عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام الذى يقول ان كل الأحكام الدينوية تبنى على الظاهر ، والنبي صلى الله عليه وسلم فى أفضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر ، وهو الذى أوحى اليه ، وإذا كانت الأحكام كلها فى الدنيا كذلك ، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة ، فإذا كان العقد صحيحا بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه ، وما اقترن به ، فهو عقد صحيح من كل الوجهه من غير نظر الى كونه ذريعة الى ربا أو غير ذلك ، ما دام العقد لم يقترن بربا ، ولا بشيء يفسده ، والنية يحاسب عليها الديان الذى لا تخفى عليه خافية ، وهو بكل شيء محيط .

وكثيرون من الفقهاء قد أخذوا بألفاظ العقود محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة ، وشواهد قائمة ، أما ما خفى واستسترته النفس ولم تعلنه فلا ينافى به شيء ، لأنه لا يمكن العلم به ، والله يقول « ولا تقف ما ليس لك به علم » . وحجة هؤلاء فى الأخذ بالأغراض ان قامت عليها بينات يمكن الاعتماد عليها أن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة انشاء العقود الا لأنها اخبارات عن النفس ، وما يجول بها من معان ، وما تنفعل به من رغبات ، وما يخفى فى ثناياها من نيات ، فلا بد اذن لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته ، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخبارا كاذبة ، فتفقد ما يثبت بها من تكوين العقد ؛ واذن فالألفاظ اذا لم تكن متطابقة مع النية والمقصد ومرمى المقاد من العقد لا ينشأ منها عقد ، ولا ينافى بها حكم .

١٣٢ — والنيات تتلصق ويبحث عنها اذا وجدت أمارات لها كما أشرنا من قبل ، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأى تفصيلا محكما نذكره للقارئ ، وهما هذا :
« المتكلم بصيغ العقود اما أن يكون قاصدا للتكلم بها ، أولا ، فان لم يقصد التكلم بها كالتأثم والجنون والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء ؛ لأن أقوال هؤلاء كلها هذر ، كما دل على ذلك الكتاب ، والسنة ، والميزان ، وأقوال الصحابة ، وان كان

قاصدا للتكلم بها ، فاما أن يكون عالما بغايتها متصورا لها ، أو لا يدري معانيها البتة ، بل هي عنده كأصوات ينطق بها ، فان لم يكن عالما بمعناها ، ولا متصورا له ، لم ترتب عليه أحكامها أيضا ، ولا نزاع بين الأئمة في ذلك ، وان كان متصورا لمعانيها ، عالما بمدلولها ، فاما أن يكون قاصدا لها أو لا ، فان كان قاصدا لها ترتبت أحكامها في حقه ولزمته ، وان لم يكن قاصدا لها ، فاما أن يقصد خلافها أو لا يقصد معناها ولا غير معناها ، فان لم يقصد غير التكلم بها فهو المأزول ، وان قصد غير معناها ، فاما أن يقصد ما يجوز له قصده أولا ، فان قصد ما يجوز له قصده ، ولم يكن حكم العقد الذي تدل عليه هذه الصيغة — لم تلزم أحكام هذه الصيغة بينه وبين الله تعالى في كل حال . وأما في القضاء ، فان اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضا ؛ لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه ، وان لم يقترن بكلامه قرينة أصلا ، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه ، وان قصد بها ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة ، بل يقصد تحليلها لمطلقتها الثلاث ، وبعث واشترت يقصد الربا وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فان في تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم ، واسقاطا للواجب ، وإعانة على معصية الله ، ومناقضة شرعه ، وإعانتته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان . ولا فرق بين إعانتته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية الى الإثم بذاتها كالربا الصريح ، وبين إعانتته عليه بالطريق التي وضعت مفضية الى غيره ، واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا ؛ فالقصد اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه موجبا لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فان الطرق وسائل ، وهي مقصودة لغيتها ، فأى فرق بين التوصل الى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوصل اليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الاعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، بل سالك هذه الطريقة قد تسكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر

عند الناس أمتت ، وفي قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ، ودخله من بابه » ^(١) .

هذا ما ذكره ابن القيم لبيان مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدین ، دون الألفاظ المجردة وخلاصته تنحصر في ثلاثة أمور (أحدها) أن العاقد إن توافق مقصده مع ما تدل عليه في الشريعة الصيغة التي ذكرها معبرا بها ؛ ليتكون العقد منها ، وفي هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مراء ، ولا اختلاف نظر ، (ثانيها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد ، ولكن تلك النية بقيت مستكنة في النفس ، ولم تبرز في الوجود بقرائن تكشف عنها الغطاء . ففى هذه الحالة يدين بنيته أمام الله ، وأما في القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التي تؤخذ من ظاهر القول ، (ثالثها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية ، وتكشف عنها الغطاء ، ولم يكن مقصوده أمرا تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزه ، ففى هذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء ؛ كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصيل ، ففى هذه الحال يكون عقد الكفالة عقد حوالة ؛ لأن النية التي أيدها قرينة لفظية أو حالية أمر معتبر في القضاء ؛ إذ قامت عليه البينة ، وشهدت له القرينة . وأما إذا كان ما نواه أمرا لم يبيحه الشارع كمن قصد بالشراء الربا على ماسنين ، وقامت القرائن على ما قصد ، فقصده رد عليه ، ويفسد عقده ، ولا يصح ، ولا تترتب عليه أحكام العقد الصحيح .

§ ١٣٣ — قد بينا المذهبين اللذين يؤخذان من مجموع فروع المذاهب المختلفة وأصولها بالنسبة لمقاصد العاقدین بجوار الألفاظ التي تعقد بها العقود ، ونريد هنا أن نذكر ما تميل إليه طريقة الحنفية . يظهر لى ، وكما تفيد الفروع المختلفة في مذهب أبى حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم أن هذا المذهب يميل في جملته

(١) منقول بصرف وتوضيح قليل من أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

إلى طريقة الشافعى ، وهى الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتبنيغ
للنيات الخفية ، والارادات المستكنة ، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل .

١ — فتراهم يقولون فيمن تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول الذى طلقها
ثلاثا ، ونوى ذلك هو والمرأة ، ولم يشيرا اليه فى العقد ، ولم يشترطا ذلك فيه : إن
النكاح صحيح ، وتحل لزوجها الأول إن طلقها بعد الدخول ، وانتهاء العدة ، بل
إن الماقدن لو اشترطا فى عقد الزواج صراحة أن الغرض من الزواج أن تحل
للزواج الأول ، قال أبو حنيفة إن النكاح ينقصد مع الكراهة ، والشرط ليس
بلازم ؛ لأنه شرط فاسد ، والنكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، وقال الصاحبان
إن النكاح يكون غير صحيح ؛ لأنه فى معنى النكاح المؤقت ، ولورود الآثار
المستفيضة بأن مثل هذا النوع من النكاح فاسد ، وهو سفاح لا نكاح^(١) .

ولا شك أن ذلك كله يدل على أن فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالنية والغرض
فى هذه الجزئية ، وموطن خلافهم هو حال النص على الغرض فى ضمن القول
المنشئ للعقد ، أيعتبر ذلك النص ، أم يلغى ؟ وليس فى اعتباره ، أخذ بالنية أو
عدم أخذ بها .

٢ — وتراهم أيضا جوزوا بيع العينة مع أن غرض المتبايعين فيه التحايل
على اباحة الربا واجازته واستساغته ، وصورة ذلك البيع أن يتفق اثنان على
المداينة بالربا ، ويوسطا فى ذلك عينا فيبيع المقرض للمقترض عينا بأكثر من
الدين الذى يريد اقراضه بمقدار الربا الذى يريده ، ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع
المقترض ، وهو المشتري العين لشخص ثالث بمقدار الدين من غير زيادة ، ويتسلم
الثمن ، ثم يبيع الثالث العين للدائن ، وهو البائع الأول ، بالثمن الذى أخذها به ،
ويتسلم الثمن ، فتنتحل المسألة الى أن المقرض قد اقترض الدين وحسب عليه
أكثر من قدره بمقدار هو ربا فى الشريعة الاسلامية ، ولو كانوا يأخذون بالنيات
والأغراض والمقاصد من غير أن يعنوا بظواهر الألفاظ ، لحكموا بفساده ، نعم ان

(١) راجع شرح الزيلعى على متن السكندر الجزء الثانى ص ٢٥٩ .

بعض الفقهاء كرهه ، فالامام محمد كرهه ، وكان يقول : « هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »^(١) ولكن ذلك القول الحار من الامام محمد ، لم يمنع من أن المذهب اجازته وتسويغه صحيحا .

نعم ان الحنفية حكموا بفساد بيعوع لما فيها من شبهة الربا ، وذلك مثل أن يشتري شخص عينا من الأعيان ، وقبل أن يسلم الثمن يبيعها للبائع بأقل من الثمن الذي اشتراها به ، فقد قالوا ان ذلك البيع فاسد ، ولكن ذلك لا لوجود نية الربا أو عدم وجودها ، بل لأن شبهة الربا^(٢) تقسد البيع ، ومن الغريب أنهم قالوا ان هذه الشبهة زائلة في بيع العينة مع وضوح الغرض ، والربا المقصود .

٣ — وقد قالوا أيضا في مهر السرومهر العلانية ان العاقدين في الزواج ان اتفقا على مهر في السر ، ولم يصحب ذلك الاتفاق عقد ، ثم جاءوا وعقدوا على مهر في العلن فالمر الواجب هو مهر العلانية ؛ لأنه هو الذي اقرن بالعقد ، وثبت به الالتزام^(٣) بل انه اذا تعاقد الزوجان على مهر في حضرة شهود ثم جددا الزواج بمهر أكبر للشهرة ؛ فالمعتبر الثاني عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الزيادة عن المهر الأول زيادة لازمة ، وقال أبو يوسف المعتبر الأول ؛ لأن الثاني ملغى فلا يلتفت اليه ؛ اذ العقد تم بالأول^(٤) . وترى من هذا أنهم لم يلتفتوا إلا الى ما تدل عليه ظواهر العبارات في العقود ، ولم ينتبهوا النيات والمقاصد والأغراض ، ويتعرفوها ، وبينوا عليها أحكام العقود ؛ ولذا نقول ان

(١) راجع ابن عابدين الجزء الرابع .

(٢) ولهم في توجيه الفساد نظر دقيق ، قد بينه فتح القدير في الجزء الخامس ص ٢٠٧ ،

٢٠٨ .

(٣) وقد قالوا ان ذلك اذا لم يتفق الزوجان على أن الثاني كان هزلا أو للسمعة فقط ، فان اتفقا على ذلك كان الواجب هو مهر السر بتراضيهما ، لأن الثاني هزل أو في حكمه ، والهزل يؤثر في المعاملات المالية .

(٤) راجع في هذا فتح القدير الجزء الثاني ص ٤٢٤ ، وجمع الأنهر الجزء الأول

ص ٣٥٥ .

مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية في جعل الأحكام تابعة لما تبدل عليه العبارات من غير نقص للمقاصد والنيات .

١٣٤ — وقد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت في فروع وأصوله قضية تثبت أنه ينتجه إلى المقصد والغرض ، وهى تلك القاعدة الذهبية : « العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » وتقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق في معناها ، وأدل على مرماها من تلك ، وهى أقدم نسبة منها ؛ وتلك القضية هى ما جاء في شرح الجامع الصغير : « المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ »^(١) وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول إن المراد من المعنى في القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذى لم يفتقر بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة ، والمراد بالمعنى فى الأولى للدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشئ بها العقد متضامة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى انتاج ذلك الدلول ، ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية : « العبرة بالمعنى ، لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة ، وإن الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة ، وأن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعا لهبة وأن نكاح المطلقة البائنة بنعقد من مطلقها بلفظ الرجعة ، وأن الرجعة تتم بلفظ النكاح ، يسوق هذا فى تطبيق تلك القضية ، كما يسوق فى تطبيقها أيضا عقد البيع بلفظ خذ وأخذت ، والاجارة بلفظ هبة المنافع وتمليكها^(٢) .

ومن هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة العبرة « للمعاني لا بالألفاظ والمباني » هو أنه لا يلتفت فى أحكام العقود الى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة ، بل لا يعنى فى الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد ، ويصح أن تكون مرادا للتكلم يدل عليه الكلام صراحة ، ولو عن

(١) راجع حاشية المحوى على الأشباه ص ٣٢٠ .

(٢) الأشباه الجزء الأول ص ٣٢٢ .

طريق المجاز لا الحقيقة ، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث ، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة ، والأغراض الدافعة فذلك ما لا تتعرض له تلك القضية .
والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تنجّه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بلقضية العقود ، لا بالنيات والدوافع — والله سبحانه وتعالى أعلم .

الارادة وآثار العقود

§ ١٣٥ — للارادة التأثير الأول فى إيجاد مجموع الالتزامات التى تنشأ عن العقد عند علماء القانون ، فكأن إنشاء العقد فى القانون يرجع للارادة الحرة ، كذلك الآثار التى تترتب على العقد تنشأ هذه الارادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين فى القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ، ما لم يكن مشتملا على شىء يخالف النظام العام ، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحا ، واجب الوفاء ، ولو كان فيه غبن فاحش عليه ، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمونه ويفرمانه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن ارادة حرة لم يلبس عليها غش أو تدليس ، فإذا توافرت تلك الارادة ثبتت الآثار التى ارتضاها العاقدان^(١) .

أما فى الشريعة الاسلامية فالارادة تنشئ العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع ، لا من العاقد ، فالعاقد ينشئ العقد فقط ، ولكن لا ينشئ الآثار ، وتأثير ارادته فى تكوين العقد وإيجاده ، لا فى اعطائها

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك ، وقد جاء فى هامش صفحة ١٠١ ما نصه « قد لحس ديموج نتائج نظرية سلطان الارادة فى ست : (أولا) التعاقد ونوعه حر فى حدود النظام العام . (ثانيا) أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان . (ثالثا) العبرة بالارادة الباطنة ، لا بالارادة الظاهرة . (رابعا) يفسر الفاضى العقد طبقا لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية . (خامسا) لا يجوز تعديل الالتزام الا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (سادسا) لا ينقض الالتزام الا بإرادة العاقدين .

أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع ، لا من أعمال العائد ؛ ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جملية شرعية ، وليست بأسباب طبيعية ، ويعنون بذلك أن تسبب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط ، بل لذلك ، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود ، فإفادة البيع نقل للملكية من البائع الى المشتري ، واستحقاق البائع للثمن ، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة العاقدین ورضاهما وتوافق رغبتهما فقط ، ولكن لهذا ، ولأن الشارع جعل ذلك المقدر طريقاً لثبوت هذه الآثار ، وتلك الأحكام ، وذلك بأمرين :

(أولهما) اذن عام من الشرع يجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات ، وانتقالها ، وذلك في الأصل العام في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها ، لا تنتقل منهم الى غيرهم إلا بالتراضي ، فكان ذلك اذناً عاماً يجعل الرضا أساساً في العقود والالتزامات ، وكان ما يترتب على العقود من آثار وأحكام ، إنما هو مستمد من ذلك التقرير — الذي جعل الرضا أساساً للعقود المالية^(١) — ثم أوجب الوفاء بالعقود ، وتنفيذ أحكامها في قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فبهذين النصين الكريمين العاملين ، قد جعل الشارع للعقود آثاراً والتزامات تنشأ عنها ، وأساساً تقوم عليها ، فهي بهذا كانت أسباباً في الالتزام بجعلها الشارع كذلك ؛ وإذا كان ذلك الجعل يتفق مع قضايا العقول ، فلا أن كل ما في الشرع يتفق مع ما ينتجه العقل السليم .

(١) جاء في تهذيب الفروق ما نصه « ان الله سبحانه وتعالى تفضل على عباده ، فجعل كل واحد من حق الله تعالى وحق الآدميين موكولاً لما هو منسوب له ثبوتاً وإسقاطاً ، فما هو حق الله تعالى صرف لا يتمكن البعاد من إسقاطه والبراء منه ، وما هو حق للآدميين بتسويفه وتخليكه وتفضله لا ينقل الملك فيه الا برضاهم ، ولا يصح الإبراء منه الا بإسقاطهم ... » الجزء الأول س ١٩٧ هامش .

(ثانيهما) ان الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا له يثبت اذا توافرت أركانه ، وتحققت شروطه ، وليس للعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده ، إلا إذا تنزل الطرف الثاني عن حقه في التمسك بها ، وتراضيا على فك عقده ، والتخلص من التزاماته ؛ وإذا كان لكل عقد شرعى آثاره الخاصة ، ومقتضاه الذى قرره الشارع له ، سواء أراده العاقد أم لا ، فليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه ، قبل العقد أو فى أثناءه ما لم يرد اذن من الشارع بذلك ، وقرار منه له ، سواء أكان ذلك اذنا عاما شاملا أم اذنا خاصا باقرار ذلك الشرط بعينه ، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا باذن من الشارع .

١٣٦ — وقضية أن آثار العقود لا تكون إلا بحكم الشارع ، وأن مقتضياتها وأحكامها إنما يربتها الشارع ، وأن الانسان عمله فى عقد العقد فقط ، وليس عمله فى ترتيب أحكامه — قضية صرحت كتب الفقه بها ، فبينتها كتب الأصول ، وذكرتها كتب الفروع ، معللة بها الجزئيات الخاصة للأحكام المختلفة ، وقد جاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى ما نصه : « ان العلل الشرعية غير موجبة ^(١) بأنفسها ، فان هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام . . وإنما للموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الايجاب ، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علة ، ولكن إيجابه لما كان غنيا عن العباد ، وهم عاجزون عن دركه شرع العلل التى يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام فى حق العمل ، ونسب الوجوب اليها فيما بين العباد تيسيرا ، فصارت العلل موجبة فى الظاهر ، بجعل الله تعالى إياها كذلك ، أى موجبة لا بأنفسها ، وفى حق صاحب الشرع أعلام خالصة للعباد على الايجاب ^(٢) » . ومن هذا

(١) المراد من موجبة مثبتة ، ويدخل فى العلل الشرعية العقود ؛ ولذا جاء فى الكتاب قبل ذلك عند تعريف المسئلة : « ويدخل فى هذا الحد العلل الوضعية التى جعلها المشرع عللا ، كالبيع الملك ، والتكاح للعل » .

(٢) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٢٩١ ، ١٢٩٢ ، وقد جاء فى الجزء الثانى منه ص ٦٧٨ فى بيان السبب فى أن الشارع ناط بعقود المعاملات أحكامها ما ملخصه : =

النص يفهم أن العقود ، وهى داخلة فى عموم العلل الشرعية ، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد ، لا تثبت أحكامها بارادة العاقدين ، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها .

وهذه القضية تجرى على أقلام كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومناحى اجتهادهم ، وليس هذا عند الحنفية وحدهم ، فالنزالى يقرر أن الله جعل حل الأموال أسبابا ظاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هذه الأسباب أسبابا ، وجعلها علامات انما هو بحكم الشارع ، فالشارع هو الذى شرعها ، وهو الذى أعطاهما أحكامها ، وناط بها آثارها ^(١) .

ومثل ذلك جاء فى الموافقات للشاطبى ^(٢) والفتاوى لابن تيمية ^(٣) .

§ ١٣٧ — وقد يقول قائل ان العقود اختيارية رضائية ، وأساس الاختيار الرضا أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه ، فإذا جعلت الشريعة الاسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من عمل العاقد ، كان فى ذلك هدم لأصل الاختيار أو الرضا ؛ وقد أجاب عن هذا القول الشاطبى وغيره بأن

== « سبب شرعية المعاملات تعلق بقاء المقدور بمباشرتها ويانه ما ذكره المشايخ الثلاثة الفاضى الامام أبو زيد وشمس الأئمة وغفر الاسلام اليزدوى رحمهم الله ان الله تعالى خلق هذا العالم ، وقدر بقاءه الى قيام الساعة ، وهذا البقاء إنما يكون بقاء الجنس ، وبقاء النفس ، بقاء الجنس بالتناسل ، ففرع له طريقا يتأدى به ما قدر الله عز وجل من غير أن يتصل به فساد ولا ضياع ، وهو طريق الازدواج بلا شركة ، فإن فى التغالب فسادا ، وفى الشركة ضياعا ؛ فإن الأب متى اشبهه يضمن إيجاب المئونة عليه ، وليس للأُم قوة كسب الكفايات فى أصل الجيلة — وكذلك لا طريق لبقاء النفس إلى أجلها من غير اصابة الناس المال بعضهم من بعض . وما تحتاج اليه كل نفس لكفايتها لا يكون حاصلًا فى يدها ، وإنما تتمكن من تحصيله بالمال ؛ ففرع سبب اكتساب المال ، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض ، لما فى التغالب من الفساد ، والله لا يحب الفساد . »

(١) راجع المستصطفى الجزء الأول ص ٩٣ .

(٢) راجع الموافقات الجزء الأول ص ١٣١ وما يليها .

(٣) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٣٦ .

موضع الاختيار والرضا في إيقاع الأسباب بانشاء العقود ، وإن ذلك مدى واسع للرضا ، وليس بالمدى القصير الضيق ، أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظا للعدل بين الخلق ، وصونا للعاملات عن دواعي الفساد ، ومنعا للفرر في الصفقات ، وحسبا لمادة الخلاف بين الناس .

ولا عجب في أن يكون السبب اختياريا رضائيا من كل الوجوه ، والمسبب ليس بارادة الشخص فقط . فإن ذلك جار كثيرا في أمور الحياة ، كمن يغشى امرأته مختارا مريدا راغبا مشتتيا ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيرا ، وكمن يلقى البذر في الأرض ، والانبات ليس من عمله بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن القاء البذر اختياري رضائي من كل الوجوه ، وإذا كان ذلك واضحا سائغا بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك في الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولا وسائغا أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية في كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم ^(١) .

هذا هو الأصل العام ، ولكن من الفقهاء من أوجب الوفاء بكل شروط المتعاقدين غير الثابت تحرهما ، ولا شك أن هذا ناشئ عن عدم تشدد في الأخذ بذلك الأصل ، وإن لم تكن مخالفة لأذن الشارع في نظر هؤلاء .

١٣٨ — وإذا كانت هذه القاعدة يقرها الفقهاء عامة ويذكرونها في أصولهم ، فإن الحق والإنصاف يوجبان علينا أن نقول انهم جميعا ليسوا سواء في التشديد فيها بالنسبة للعقود المالية الخالصة ، فانهم جميعا ، وإن اتفقوا في التشديد في جعل آثار عقود الأنكحة من عمل الشارع مع احترام الشروط عند البعض ، قد اختلفوا تشديدا وتسييلا بالنسبة للعقود المالية ، فنرى بعض الفقهاء كابن تيمية مع انه ممن يقررون تلك القاعدة ^(٢) ، يفهم من كلامه أنه يجعل لارادة العاقد في العقود المالية

(١) راجع المواقات للشاطي الجزء الأول ص ١٥١ .

(٢) فهو يقول تقريراً لقاعدة أن آثار العقود من الشارع : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالتكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا » .

سلطاناً؛ وذلك بتغليب القاعدة العامة التي وردت بها الشريعة المحكمة، وهي وجوب الوفاء بالعقود؛ وذلك بأن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به في العقد، وبكل ما التزمه، ولا شك أن في ذلك تقريراً لسلطان الإرادة في إيجاد الالتزامات الناشئة بالعقد؛ وفوق ذلك فهناك القاعدة العامة الثانية التي قررها الشرع بإطلاقها الحكم، وهي الإذن العام يجعل الرضا سبباً لنقل الحقوق وإسقاطها، وفي الأخذ بهذه بإطلاقها تقرير لسلطان الإرادة في الالتزامات الناشئة بالعقود .

وفي الحق اننا ان أخذنا بتلك القواعد مجتمعة قاعدة الوفاء، وقاعدة جعل الرضا سبباً لنقل الحق وإسقاطه، وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق في العقود يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة المأقد، ولكن ذلك باعطاء الشارع ذلك الحكم لها، وبما أُلزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود، وعدم خفر العهود وذلك ما يفيد كلام ابن تيمية . فقد جاء في كتابه العقود والشروط ما خلاصته : « إن العقود إنما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً، إلا ما خصه الدليل ؛ على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي^(١) ... والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهم بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال في كتابه : « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً » فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ؛ فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ؛ فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدائق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن ، وكذلك قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط في التجارة الا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة . وإذا كان كذلك التبرع والتجارة ، فاذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت

(١) الفائلون بالوجوب العقلي المعتزلة من علماء الكلام . أما الفقهاء عامة فيرون أنه لاوجوب الا حيث يوجب الشارع .

نفس المتبرع يتبرع ثبت حله»^(١) وترى من هذه العبارات ما يفيد أن الرضا له سلطان قوى فى أحكام العقود وآثارها ، وإن كان ذلك السلطان مستمدا باذن عام من الشارع الخبير بمصالح الناس .

ولكن إذا كان ذلك نظر ابن تيمية وبعض الحنابلة وبعض المالكية ، فليس هو نظر عامة أهل الفقه ؛ لأن عامة الفقهاء يذكرون أحكاما خاصة . لكل عقد ، ويبينون أنها مقتضاه ويعرضون شروط العاقدین على ذلك المقتضى الذى يقولون أنه بتقرير الشارع ، فما وافقه أقروه ، وما لم يوافقه كان موضع نظر وتناش ، ولو أننا أخذنا بنظرية سلطان الرضا فى أحكام العقود ، لكان كل شرط صحيحا لازم الوفاء ، مادام لم يخالف أمرا مقررأ فى الشرع ، أو نسا محفوظا ، أو خبرا مأثورا ، أو قاعدة مقررمة مشهورة^(٢) .

§ ١٣٩ — ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد فى النكاح ؛ فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التى تنشأ عنه ، وإن ذلك يدعو إليه الاجتماع ؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات ، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنيانها ، المقوضة لأركانها ، وإن الأهواء اذا تحكمت فى العلاقة الزوجية ، وجعلت واجبة الوفاء اذا اشتترطت فى عقد الزواج^(٣) ، صارت الزيجات فى البلاد الشرقية كتلك العقود التى تسمى

(١) الفتاوى الجزء الثالث ص ٢٣٩ .

(٢) سنين ذلك فى موضعه عند الكلام على الشروط التى يشترطها العاقد ، وأثرها فى العقود ، ولزوم الوفاء بها .

(٣) اذا جئنا لارادة العاقدین فى الزواج سلطانا فى آثاره ، واشترطت فساء قاهرية ألا تنجم إلا فى القاهرة ، ولو كان عمل زوجها فى أقصى الصعيد لكان ذلك المرط واجب الوفاء ، وأى زواج ذلك الذى يكون أحد الزوجین مقما فى أقصى البلاد ، والآخر فى أديانها ١١ وأى =

زواجا مدنيا ، وتكثر في أمريكا وأوروبا ، ويطغى سبيلها في المدن اللاهية
اللاعبة ، ترم لسانحة خاطفة ، وتنقض لملها ، فلا أسرة أقيمت ، ولا بيت تكون
ولا ذرية أنبتتها الرعاية الأبوية نباتا حسنا ، وما أشبه ذلك الذي يسمى زواجا
مدنيا باتخاذ الأخدان في الجاهلية الأولى ، غير أن هذا فاحشة تنزوى استحياء ،
وذلك فاحشة تعلن للأشهاد ، وتسير رافعة رأسها بين العباد .

هذا بالنسبة للزواج ، أما بالنسبة للعقود المالية ، فالذي نراه أنه يجب أن
يكون لارادة العاقدین سلطان في تكوين آثارها ، لأنه لاخطر في جعل هذا
السلطان للارادة ما دام لم يخالف أمراً مقررراً في الشريعة ثبت بقياس ، أو
أثر مشهور ، أو نص قطعي ، فان الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود
والعهود ، ولا شك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها . والعدالة توجب أن يكون
للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التي عقدها ، وفرق
بين النكاح والعقود المالية ، فان الأفضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون
بتحليل الشارع الصريح ، فكان لا بد من أن يكون السلطان في آثار النكاح
للشارع نفسه . أما المعاملات المالية فهي من الأمور التي تسمى في لسان الفقهاء
الأمور العادية ، والأصل في هذه الأمور الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة ،
ولا شك أن الارادة في الأمور التي تكون من هذه القبيل لها الشأن الأول
بمقتضى الاذن العام في جعل الرضا أساسا لنقل الحقوق واسقاطها .

حرية التعاقد وما يجب الوفاء به

§ ١٤٠ — تقصد بحرية التعاقد اطلاق الحرية للناس في أن يعتقدوا
من العقود ما يرون ، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدین إلا بقيد واحد ،
وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع ، وحرما كأن يشتمل
العقد على ربا ، أو نحوه مما حرمه الشرع الاسلامي ، فاما لم تشتمل تلك العقود

== بيت يتكون من هذين النريين ١ ، ١ ، وأي رعاية تكون ثمرة هذا الزواج ! ولأجل هذا
لا نستطيع أن نأخذ برأى الامام احمد بن حنبل في وجوب الوفاء بكل شروط الزوجين .

على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقرر التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين ، فإن الوفاء بها لازم ، والعاقبة مأخوذ بما تعهد به ، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهي فاسدة ، أو على الأقل لا يجب الوفاء بالجزء الحرام منها .

وإن حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمراً متفقاً عليه بين فقهاء المسلمين ، بل هي موضع خلاف طويل ، وإن الأكثرية منهم لا يطلقون تلك الحرية إطلاقاً ، والقلّة منهم هم الذين يطلقونها ، ويفتحون أبوابها على مصاريحها ، وذلك لخلاف مبناه الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من عمل الشارع ، فقد قال الذين شددوا في جعل كل آثار العقود من الشارع ، إن الأصل في العقود المنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، ومع الإباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لأرادة العاقدین سلطاناً في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع يجعل الرضا إذا أثر في العقود ، جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بها ، حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم .

وعلى القول الأول تكون مقيدین بعدد العقود التي تذكرها الكتب ، ووردت بها الآثار ، ودلت عليها المصادر الشرعية ، والأدلة الفقهية ، فما لم يعم عليه الدليل فهو ممنوع ، والوفاء به غير لازم ، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع ، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقدوا ما شاءوا من العقود ، إلا إذا وجد من الأدلة الفقهية ما يدل عليه ، ويوجب الوفاء به . أما القول الثاني فبمقتضاه يكون الناس أحراراً في أن يعقدوا ما شاءوا من العقود ، ويشترطوا من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم ، إلا إذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء .

§ ١٤١ — وقد استدلل الذين أخذوا بالقول الأول (١) بأن الشريعة قد رسمت حدوداً ، وأقامت معالم لرفع الحق ، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود ، ولا قيود تمنع الظلم والقرّر والجمالة المفضية إلى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع ،

أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعذر الحدود الشرعية ، وما يكون فيه تعذر حدودها لا تقره ، ولا توجب الوفاء به . وأيضاً فإن وجوب الوفاء الزام من الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نقى في أمر وندعى أن الشارع ألزم به ، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء . ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالاً ، وأحل حراماً ، وذلك افتراء على الله بالكذب ، وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يجرمون ، ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبين .

(٢) وقد استدل أيضاً لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص بالإلزام به باسمه ، أو باباحة التزامه^(١) ، وأيضاً فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف خطيباً ، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : « أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط^(٢) ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » وإذا كان كل شرط يشترط ، ولم يرد به نص باطلاً ، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان ، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره ، وتلزم بالوفاء به .

وقد استدل الذين يرون أن الأصل في العقود الاباحة لا المنع ، وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه (١) بما ورد في القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فكل ما يصدق عليه أنه عقد ، فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا العاقلين حقوقاً مالية ، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة

(١) راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الجزء الخامس ص ٣٢ .

(٢) يفسر المحالفون المبرط الذي ليس في كتاب الله بالمبرط الذي يخالف نصاً في الكتاب .

من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام ، بالنص ، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضا بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز ، وهو الرضا ؛ لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذى من أجله كان الالتزام والالتزام فى العقود . وآيات القرآن الكريم الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى ، ومبينة أن الغدر ليس من الاسلام وتقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين الا عهدا قد قيدت بأحكامه ذمتها ، وهو غل فى أعناقهما ، فالوفاء به ، وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه خيس فى العهد لا يتفق مع مبادئ الأخلاق التى يدعو اليها الدين ، ومع احترام العهود الذى يلزم به . وكيف لا يكون الوفاء فى العقود مطلوبا !! والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، توجب الوفاء بالعهد ، وعدم خفر الزمة ، وتبحيح الغدر ، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ، ومهما يكن وصفه ، وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ، ولو لم يرد به نص ، ما دام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه ^(١) .

(٢) وقد استدلل أيضا لاثبات أن الأصل فى العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات ، وليست من العبادات ، والعادات ينظر فيها إلى عليها ^(٢) ومعانيها

(١) راجع رسالة العقود والمروط لابن تيمية الجزء الثالث من الفتاوى ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) عقد الشاطي فصلا فى الموافقات يثبت فيه أن الأمور التى تعتبر من العادات لا من العبادات يتجه فيها إلى المأني والعلل ؛ ويتوسع فيها ، ولا يقف المكلف عند النص ، بل يثبت الحكم فى كل ما تتحقق فيه علته ، ويثبت مناطه ، ولتنبس منه قبسة تضى الموضوع ، فقد قال : « ان الأصل فى العادات الالتفات إلى المأني لأمر : (أولها) الاستقراء ؛ فانا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والأحكام المادية تدور معه حيثما دار ؛ فترى المأني الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة ؛ فاذا كان فيه مصلحة جاز كالدرم بالدرم إلى أجل يتمتع فى البيع ، ويجوز فى الفرض ، يتمتع حيث يكون ربا ، ويجوز اذا كان فيه مصلحة راجعة ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهوم ما كنهمناه فى العادات (والثانى) أن الشارع توسع فى بيان =

لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بها ، بل أحكامها معللة بمصالح الناس ، وإقامة العدل بينهم ، ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل ما يتحقق فيه العلة يتعدى إليه الحكم ، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق واسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا ، وفيه نقل حق أو إسقاط حق ، فهو واجب الوفاء ، ولو لم يرد به نص صريح مبيح ، ملزم الوفاء به ، لتحقق العلة فيه .

(٣) وما يستدل به لهذا الرأي أيضا أن كثرة الفقهاء ، وأن كثرة أصحاب المذاهب المشهور يقررون أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية ، وما لا يتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة ^(١) ، ولا شك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل في الإقدام عليها الإباحة ، فبإباحة الشخص بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ، ولم ترد في المصادر الفقهية ،

== الملل والحكم في تصريح باب المادات ، كما تقدم تخيله ، وأكثر ما علل فيها بالوصف المناسب الذي اذا عرض للمقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها إتيان المانع ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب المبادات ؛ فإن المعلوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه أنه تسعة أعشار العلم .

(والثالث) أن الالتفات إلى المانع قد كان معلوما في الفترات التي لم يكن فيها رسل ، واعتمد عليه الفقهاء ، حتى جرت بذلك مصالحيهم ، وأعملوا كلياتها على الجملة ، فاطردت لهم سواء في ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم ، إلا أنهم قصروا في جملة من التفاصيل ، لجأت الفريضة لتتم مكارم الأخلاق ، فدل هذا على أن المبروعات في هذا الباب جاءت متممة لجزئيات التفاصيل في المادات على أصول المبرودات . ومن ههنا أقرت هذه الفريضة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية ، كالدية والفسامة . . . والقراض . . . وأشياء ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمدا وما كان عندهم من محاسن المادات ومكارم الأخلاق التي تهبها العقول ، وهي كثيرة » اه المراد .

راجع الموافقات الجزء الثاني ص ٢١٤ .

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فصل العقود والبروط ص ٣٣٤ .

فالوفاء بها لازم؛ لوجود الاذن العام يجعل الرضا أساساً لاثبات الحقوق، وأساساً لنقلها، وأساساً لاسقاطها، ولوجود الالتزام العام بالوفاء بالعقود، واحترام العقود، وعدم الغدر، ولقد فصل الشارع ما حرم، فتحریم العقود التي لم يرد ما يدل على تحريمها تحریم ما أحل الله سبحانه وتعالى، وتنجيم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبين .

§ ١٤٢ — هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لأدلة الرأيين^(١)، وحجج الفريقين، ويقول ابن تيمية ان القول بالمنع، حتى يقوم الدليل على الاباحة « هو قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبئ على هذا، وكذلك كثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك واحد، فان احمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس، كما قاله في احدى الروايتين في وقف الانسان على نفسه، وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد، ويقولون: ما خالف مقتضى العقد فهو باطل^(٢) » اهـ . هذا ما حكاه ابن تيمية، والمتنوع لعبارات الفقهاء في الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم، وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس، ويثير الحيرة، أتقف الشريعة في نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يحد في شئون المعاملات من عقود وشروط؟

ان الصفقات التجارية قد اتسع أفقها، وتشعبت أنواعها، وتنوع بحسب العرف التجارى ما يشترطه العاقدون، حتى وجدت عقود لم تكن، وتقن الناس في الشروط تقننا باعد ما بين العقود، وأصولها المذكورة في كتب الفقه، ولو حكنا ببطلان تلك العقود، وفساد هاتيك الشروط لصار الناس في حرج وضيق، ولشت الحركة في الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس،

(١) من أراد الرجوع الى أدلة الرأيين مفصلة فليرجع الى الجزء الخامس من الاحكام في اصول الأحكام لابن حزم، والى كتاب الشروط والعقود في الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية .

(٢) كتاب الشروط والعقود من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٣٢٣ .

بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد الناس ، ولا تنمو ثروة الجماعات !! ذلك ما يجول في الصدور عند ما يقرأ القارئ أن جمهرة الفقهاء يحرمون العقود والشروط إلا ما نص عليه أو أثبتته المصادر الفقهية بشكل عام ؛ ولكن القارئ المعين في تفهم ما يقرأ الذي لا يكتفى بالسطور ، حتى يتغلغل فيما وراءها يرى أن ذلك الرأي الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه ، لا يؤدي إلى تضييق المعاملات على الناس ؛ لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد ، حتى يقوم الدليل ، قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات أو أكثره ، حتى لا يكون الناس في ضيق ، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول الآتية : (١) أصل المصالح المرسلة فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يبيحها الشارع ، (٢) وأصل الاستحسان ، (٣) وقاعدة أن ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادما لنص .

١٤٣ — هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها في العقود لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ، ولم يضيقوا واسعا على الناس ، وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون ان الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل ، وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق . ولنعرف كل أصل من هذه الأصول بكلمة ونشير إلى تطبيقه على العقود .

ولنبداً بقاعدة العرف وقرار الشارع لما يجرى به ؛ فإن تلك القاعدة تقيد في موضوعنا هذا بنص صريح ؛ وهي من جهة ثانية مقررة مشهورة في كتب الحنفية وفتاويهم ، فالعرف أصل ثابت عندهم ، فلقد صرح في المبسوط بأن الثابت بالعرف كاللثابت بالنص ، وجاء في شرح الأشباه للبيروني أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتماداً على الأثر : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ^(١) ولقد يذكر الفقهاء قوة العرف

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١١٥ . والأشباه الجزء الأول ص ١٢٦

لا في اثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواء ، بل يذكرونه في مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته ، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص ، بل يسقط العرف بجوار النص ، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذي يعارضه قياساً^(١) ، ويذكرون في هذا المقام أن العرف عام وخاص ، وأن العرف العام هو الذي يثبت في سائر البلاد ، والعرف الخاص يثبت في بعضها دون بعض ، وكلاهما له أثر في الأحكام ، على حسب قوته ، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلاهما ، والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط^(٢) . ولكن العرف الذي يصح أن يكون معارضاً لأدلة الفقه الأخرى ، هو العرف العام^(٣) فقط ، أما العرف الخاص ، فهو لا يؤخذ به الا فيما اذا لم يكن في موضوعه أى دليل فقهي سواء ، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل شرعي ، وأن ما يثبتته العرف يقره الشرع ما لم يكن نص يخالفه — صحة عقد الاستصناع ، لأن التعامل جرى به بين الناس كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، وفيه منفعة لأحد العاقلين ، وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف .

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر ، بل جعلوا أحكام مذهب أبي حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد ، بجعل العرف ذا أثر في تغييرها ، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم في مذهب أبي حنيفة بمقتضى المروى الصحيح في كتبه يخالف للعرف العام ، ولم يكن معتمداً على نص صريح ، صح للمفتي على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه في المذهب ، ولا يعتبر خارجاً في فتياه عن نطاق ذلك المذهب الجليل ، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء في ظاهر

(١) رسائل ابن عابدين .

(٢) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١٣٢ .

(٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ١١٦ .

الرواية ^(١) : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وهى الفصل الأول ^(٢) وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبينه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه ، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف مقاله أولاً ؛ ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد انه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ونخالف قواعد الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة ، بناها على ما كان فى زمنه ؛ لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ماقالوا أخذاً من قواعد مذهبه ، فمن ذلك إفناؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الامامة والأذان ؛ مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه ^(٣) ويقول فيما يجب على المفتى الافتاء به : « فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله ، والا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكون ضرره أعظم من نفعه » ^(٤) .

ومن هذه كله يستفاد أن العرف دليل شرعى عند الحنفية يثبت أحكاماً

(١) هى الكتب التى روى فيها الامام محمد مذهب أبى حنيفة وأصحابه .

(٢) أى الفصل الذى لا يعتبر فيه العرف ؛ لأنه يكون معارضاً للنص .

(٣) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٤) الرسائل الجزء المذكور ص ١٣١ . وانا نوصى كل طالب لفقه أبى حنيفة أن يقرأ

رسالة العرف هذه ، فهى من لب الفقه وصميمه .

فى كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القياس ، ويعتبر دونه إذا كان عاما ، وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التى يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة ، وغيرها مما أوجده التعامل فى العصر الحاضر هى عقود شرعية يقرها فقه أبو حنيفة مادامت لم تخالف نصا فى الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد ، وإرسالها غير مقيدة إلا بالعرف .

١٤٤ — **الاستحسان** : ولنتنقل بعد ذلك إلى الأصل الثانى الذى يفتح لنا

الباب لحرية التعاقد وهو الاستحسان ، وقد أنكر ذلك الأصل الشافعى ، ومن هنا نمحو فى الأصول والفروع ، وقال من استحسان فقد شرع ، يقصد بذلك أن من أفتى باستحسانه ، فقد جعل نفسه شارعا لا مجتهدا ، والشارع فى نظر الشريعة الاسلامية هو الله وحده ، ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك حتى انه يروى عنه أنه قال : « تسعة أعشار العلم الاستحسان » وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى بيان حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم انه ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعارضه أو يثبتته ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام ، وهو جريان المصالح التى يقرها الشرع ، وقال بعضهم ان الاستحسان هو الدليل الذى ينقدح فى نفس المجتهد ولا يقدر على ابرازه واظهاره ، ولا يكون فى موضوعه دليل ناف أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية ، ما قاله أبو الحسن الكرخى ، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها ، إلى غيره ؛ لدليل أقوى يقتضى العدول عن الدليل الأول المثلث لحكم هذه النظائر ، ويدخل فى عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الخفى ^(١) ، وفى الحق ان تعريف الكرخى يحتاج إلى بعض البيان ،

(١) راجع فى هذا المستصفى للغزالي الجزء الأول ص ٢٧٤ وما يليها ، وكشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١١٢٣ . وقد عرف الاستحسان فى مذهب مالك بأنه الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابل دليل كلى ، وقال ابن العربى فى أحكام القرآن ان الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين .

ولذلك نقول كلمة موجزة في بيانه ، وذلك أن القياس ، (وهو الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعللة جامعة بينهما) يقتضى الاطراد ، وشمول كل الجزئيات ، فهو يسرى بحكمه على كل أمر تمتحقت فيه العلة التى من أجلها شرع الحكم ، وقد يكون فى الاطراد والعموم ما يؤدى الى ضرر فى بعض الجزئيات ، وفوات غرض الشارع ومرماه العام ، إذا طبقنا القضية الكلية التى اقتضاها القياس ، فالمتبع لأحكام الشريعة يجد مثلاً أنها بينت أن مبادلة التقدين تقتضى القبض فى المجلس ، والا لم يصح العقد ، فلو عممنا مقتضى هذه القضية ، وقايسنا فى كل ما تتحقق فيه علته ما صح القرض ، ولكن عدم صحته يوقع الناس فى ضيق وحرَج ، وقد يؤدى الى الشح ، وعدم معاونة للموسر للمعسر باعطائه وانتظاره الى ميسرة ، وان من أغراض الشارع العامة إيجاد أسباب التعاون ، ووصل أسباب المودة ، والتعاطف بين بنى الانسان ! ولذلك شرع القرض ، وأبيح وأقر المتعاقدان عليه ، مع أنه فى مؤداه ليس إلا مبادلة تقدين ، قد فات فيها التقابض فى المجلس .

وهكذا يقال فى كثير من العقود التى كان اطراد القياس يوجب منعها ، وأجازها الاستحسان عند الحنفية ، كالزراعة والمساقاة ، ولذلك يقول الشاطبي فى الموافقات : « إن مقتضى الاستحسان الرجوع الى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ؛ فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشبيهه ، وانما رجع الى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً ، الا أن ذلك الأمر يؤدى الى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك » ^(١) ولقد بالغ بعض فقهاء المالكية فى الاستحسان حتى قال انه عماد العلم ، وان المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة .

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذى يعده الحنفية والمالكية أصلاً من أصول الفقه الاسلامى ، وانا لو طبقناه وسرنا سير الأقدمين فيه ، وفتحنا أبوابه

(١) راجع الموافقات الجزء الرابع ص ١١٧ .

في العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التي لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن في العقد ربا صريح فالاستحسان متسع له ، لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع ، فما لم يوجد نص ، وكان في اطراد القياس تفويت لمقصد من مقاصد الشارع العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس الى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك أن في اطراد القياس منع عقود جرى تعامل الناس بها ، وإن لم ترد في الفقه الاسلامي حرجا شديداً ، وتضييقا على الناس في أمر لهم فيه متسع .

١٤٥ — المصالح المرسلة : ولنتقل بعد هذا البيان الموجز عن

الاستحسان إلى الأصل الثالث الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها ، وهو المصالح المرسلة ، ويسمى في عرف بعض الأصوليين الاستصلاح ، وهو صنو الاستحسان ، وقريب منه في مرماه ، وإن كان هو أوسع شمولاً . ومعناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بأنها أو اعتبارها ، وإن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلاً من أصول الفقه الاسلامي موضع خلاف بين الفقهاء ، والآخذون به أقل عدداً من الآخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه امام الحرمين والغزالي حملة شديدة ، وملخص الاحتجاج لرفضه ينتهي الى ثلاثة أمور (أحدها) أن الأخذ بمبدأ المصالح ، ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة ، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغبه مصلحة ينبئ عليها حكم شرعي بالاباحة والاقرار ، وذلك يؤدي إلى الفساد والبوار . (وثانيها) أن المصالح المرسلة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأقوام ، وباختلاف الأشخاص ، بل باختلاف أحوال الشخص الواحد ، فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضى حكماً يناسبها ، فقد تتناقض أحكام الشيء الواحد في الشريعة الاسلامية ، وتتضارب ، فيكون مرة حلالاً ، ومرة حراماً ، وذلك لا يجوز في الشرع . (وثالثها) أن المصلحة التي تناط بها أحكام الشريعة هي المصلحة التي تكون فيها المحافظة

على مقصود الشارع ، ومقصود الشارع أن يحفظ على الخلق دينهم ، وأنفسهم وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، وما كان داخلًا في ضمن هذه الكليات فالحكم فيه قياسي ، أما الحكم بمقتضى المصالح المرسلة المطلقة عن التقيد بهذه الكليات الخمس ، فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به في نظر الشارع الاسلامي .

وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسلة ، وعدوها أصلاً ، عن الدليل الأول والثالث بأن المصلحة المرسلة التي يعتد بها هي التي تكون ملائمة في الجملة لأغراض الشارع ، وإن لم يشهد لها أصل خاص ، وبذلك يتعد الهوى والتشهى عن الشرع ، والافتاء فيه ، ومن جهة ثانية ، فالذى يفتى بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد ، وهو يوازن بين الغايات والمراعى الشرعية وقرب المصلحة منها وبعدها عنها ، وفي ذلك حصانة للمصلحة من غلبة الشهوة والهوى المؤديين إلى الفساد . وأجابوا عن الدليل الثانى (وهو أن الأخذ بهذا الأصل يؤدي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص) بأن هذا لا يعيب الشريعة ، بل يدل على مرونتها ، وفي تلك المرونة القوة وصلاحياتها لكل زمان ومكان ، وبقاؤها ودوامها ؛ لأنها تحقق كل مصالح الناس ، وترفع عنهم كل ضرر وضرار من غير أن تمس أصولها بتغيير أو تحريف .

هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز في بيان بعض أوجه النظر في ذلك الأصل ، وإذا كان الآخذون به قلة بين الفقهاء فحسبهم أنه على رأسهم امام دار الهجرة مالك رضى الله عنه . وإن في الأخذ بذلك الأصل فتحة لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن مادامت متلائمة مع أغراض الشارع ، أو غير منافية لمرماه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها ، أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها ، وهو العرف لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على مصراعيه ،

وإطلاق الحرية للمتعاقدين ، وما ساع لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد ، وغلقوا أبوابها ، فإن أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعها ، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتم بعضها بعضا ، ويتكون منها بنية متناسق الأركان ، ثابت الدعائم . ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر الى غيره ، فقد يكون فيه شدة يلطفها غيره من الأصول ، وقد يكون رخوا فيحتاج الى أصل صلب يطوى عليه ؛ ليكون فيه نفع للعباد ، ودفع للفساد .

الشروط المقرنة بالعقود

§ ١٤٦ — هذا جزء من حرية التعاقد ، وهو متمم لبحثها ؛ فإن الذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضا باب الشروط في العقود ، فيجعلون للعاقد أن يشترط في أثناء تكوين العقد ما شاء من الشروط ، والذين يقيدون باب التعاقد ، ويستمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع ، والآثار التي اعتبرها لا يعدونها ، لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاها ، وقد ألمنا الى شيء من ذلك عند الكلام في حرية التعاقد ، وهنا نريد أن تفصل بعض التفصيل هذا الجزء ، فإن الإشارة اليه ليس فيها غناء عن بيانه :

ان الشريعة لا تعطى حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها مما يخالفها ، ومثلها في ذلك للنوع مثل القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام ، فهي لا تمنعها الحماية ، ولا تميز المحاكم رعايتها ، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال .
ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة ، والشروط غير السائغة في الشريعة ؟ الذي يستنبط من أقوال الفقهاء أنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب : فذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية ، والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف ، أو يزيد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر به — شرط لا يقره الشرع ولا يراه ؛ كأن تشترط المرأة في الزواج ألا يتزوج

عليها ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقد قال هؤلاء الأئمة إن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ، بل هو زائد على ما يوجب به ذلك العقد من التزام ، فلا يقر ولا يلتفت إليه .

وأصول كثيرين من الحنابلة على أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ؛ وذلك لأن الناس عند شروطهم ، وعليهم رعاية عهودهم ، وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به ؛ ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج ، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويحيز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، وأجازوا اشتراط أن يأخذ البائع الجارية بثمنها الذي يبيع به إذا اشترط عند بيعها ألا يبيعها لغيره ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك ، وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط الا شرطا واحدا ، وهو ألا يخالف الشرط شيئا في كتاب الله سبحانه وتعالى أو في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه .

وقال الظاهرية أنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بآثاره ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ؛ لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما ، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه .

١٤٧٨ — وترى من هذا أن الخلاف في حرية الاشتراط عند التعاقد

هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها ، ثم إن الحنابلة والظاهرية يفتان في هذا المقام على طرفي تقيض ، أولئك يبيحون كل شرط لم يثبت في الشرع نهى عنه ، وهؤلاء ينفون كل شرط إلا ما قام الدليل على إجازته ، ودلائل الفريقين لا تخرج عما سقناه من استدلال في موضع النزاع في حرية التعاقد ؛ فلنكتف بما

سقتناه هناك توخيا للإيجاز ، ومنعا للتكرار .

وانا مع ميلنا الى طريقة الحنابلة في الشروط التي تشترط في العقود المالية ، وفتح بابها ، واطلاق الحرية للمتعاقدين في اشتراط ماير يانه من شروط فيها ما دامت لا تدخل في عموم منهي عنه ، أو تخالف قاعدة مقررة في الشريعة ، نرى أن الرأي الوسط في الشريعة أن تقسم الشروط في كل العقود كما قسمها الشاطبي في موافقاته ، إذ قال : « الشرط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون مكلا لحكمة المشروط وعاصدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ؛ كاشتراط الكفء والامساك بمعروف ، والتسريح بأحسان في النكاح ، واشتراط الرهن والحمل والنقد أو النسبة في الثمن في البيع ، فهذا القسم لا اشكال في صحته شرعا ، فانه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما . فانه لما كان غير الكفء مظنة لعدم التلاؤم لأفة أحد الزوجين أو عصبتهما ، وكانت الكفاءة أقرب الى التحام أحد الزوجين والعصبية ، وأولى بمحاسن العادات ، كان اشتراطها ملائما لمقصود النكاح ، وهكذا الامساك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبتتها شرعا واضح .

(والثاني) أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ، ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول ، كما اذا اشترط في النكاح ألا ينفق عليها ، أو شرط في البيع ألا ينتفع بالمبيع ، أو ان انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن الشيء المستأجر عليه وان تلف ، وهذا القسم لا اشكال في ابطاله لأنه مناف للحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه ، فان اشترط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة فيه ، وهكذا سائر الشروط ؛ إلا انها اذا كانت باطلة ، فهل تؤثر في المشروطات ؟ هذا محل نظر .

(والثالث) ألا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ، ولا ملاءمة ، وهو محل نظر ، أيلحق بالأول أم بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا ؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا — التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة ؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات الى المعاني ،

والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا باذن ؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات ؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط . وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ؛ لأن الأصل فيها الالتفات الى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الاذن ، حتى يدل الدليل على خلافه ^(١) .

هذه كلها أصول عامة اجمالية ، ولكل مذهب تفصيل لذلك الاجمال ، وفيه يختلفون . فالشافعية والمالكية والحنفية اتفقوا في الجملة على التمسك بمقتضيات العقود كما ذكرنا ، ولكنهم اختلفوا في التفصيل ، وتشعبت أ نظارهم ، ولندكر كلمة في تفصيل ذلك الاجمال في المذاهب الثلاثة .

§ ١٤٨ — وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى صحيحة ، وباطلة ، وفاسدة ، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذى أقره الشارع ، والقواعد العامة للشريعة ، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورد ، ثم على اقرار العرف وعدم إقراره ، ان زاد الشرط على مقتضى العقد ، ولم يرد به نص من الشرع ، كما يدخل في تقدير الشارع لتأثيره في العقد كون فيه فائدة لأحد أو ليست فيه فائدة . هذه هى الأسس التى يعتمد عليها تقسيم الشروط في العقود عند الحنفية الى صحيحة وباطلة وفاسدة .

(١) فالشرط الصحيح هو ما يكون موافقاً لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع .

(٢) أو ما يكون مؤكداً لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل ، أو اشتراط رهن معين به ، فان ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن ، واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع ، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكداً لهذا المقتضى .

(١) راجع بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف المنشور في مجلة الفانون والاقتصاد السنة السادسة العدد السابع ص ٧٤٦ وما يليها والمواقفات للشاطي الجزء الأول ص ١٩٦ ، ١٩٧ ،

(٣) أو يكون قد ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة؛ فان اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقدة حق الفسخ فيها — شرط ليس من مقتضى العقد ، وليس مؤكدا لهذا المقتضى ، ولكن ورود الأثر به جعله سائغا صحيحا .

(٤) أو ما يجرى به عرف كن يشتري ساعة ، ويشترط على البائع اصلاحها مدة معلومة ، فهذا الشرط صحيح ، عند الأئمة الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر إن الشرط فاسد ، ورأيه هو القياس ؛ لأنه زائد على مقتضى العقد ، وغير مؤكدا له ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، فيكون فاسدا ، ولكن رأى الأئمة الثلاثة أنه يجب الأخذ بالاستحسان هنا ؛ لأن العرف مما يخص القياس ، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط فيقر ، وما يجرى به العرف تؤيده الشريعة ما لم يخالف نسا أو أثرا قد ورد من الشارع الحكيم .

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه ، ويصير جزءا من مقتضى العقد ، فاذا اشترى شخص ساعة ، واشترط اصلاحها ، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم البائع بالاصلاح اذا امتنع ، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة .

(ب) والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكدا له ، ولم يرد به أثر ، ولا يجرى به عرف ، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما ، كن بيع سيارة ، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة ، وكن بيع دارا ، ويشترط لنفسه سكناها مدة معلومة ، وكن تزوج رجلا على شرط ألا يخرجها من بلدها ، والشرط الفاسد اذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحا والشرط لاغيا ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به .

وقد أحصى الفقهاء عقود المبادلات التي تفسدها الشروط الفاسدة فكانت

هذه العقود : عقد البيع ، والاجارة ، والقسمة والصلح على مال ، والمزارعة والمساقاة^(١) ، وما عدا هذه العقود لا يعتبر عقد مبادلة ، فلا تسده الشروط الفاسدة ، بل يصح العقد ويلغى الشرط ، فمن تزوج على شرط ألا مهر ، أو تزوجت على شرط ألا يخرجها من بيت أهلها يصح النكاح ، ويعتبر الشرط كأن لم يكن ، ويجب مهر المثل في الصورة الأولى ، وتلزمها الطاعة في الثانية ، ولا يعتبر الاشتراط بحال من الأحوال مانعا من حق الزوج في الطاعة ، والامساك بمعروف ، ولكن ما العلة الدافعة للفقهاء لأن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثرا في صحة عقود المبادلة فيفسدها ، ولا يؤثر في غيرها فلا يفسده ؟ ترى عبارات الفقهاء تختلف في تعليل ذلك ، فمن المؤلفين من يذكر أن الشروط التي فيها منفعة زائدة على مقتضى العقد لأحد العاقلين أو لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع بمفضية إلى جهالة في العقود عليه أو في شيء يتعلق بالعقود ، وعقود المعاوضات تفسدها أية جهالة فاحشة في موضوعها ، أو في أي وصف يتعلق بذلك الموضوع ، هذا تعليل يجري على أفلام بعض الكتاب ، وفيه نظر ؛ لأن من الشروط ما يكون معيننا تعيينا وافييا كافيا لا يفضى الى جهالة ، ولو كانت يسيرة تغتفر في عقود المعاوضات ، ولذلك عدل عن هذا التعليل أكثر الكتاب في الفقه ، واعتمدوا على تعليلين ذكرتهما الهداية : « أحدهما » أن في اشتراط شرط زائد على مقتضى العقد وجود عقدين في عقد واحد ، فمن باع دارا ، واشترط سكنها سنة ، فإن كان جزء من الثمن مقابلا لهذه السكنى ، كما هو ظاهر الحال كان ذلك العقد بيعا واجارة معا ، وإن كانت السكنى لا يقابله جزء من الثمن كان العقد بيعا واعارة معا ، وقد ورد الأثر بالنهي عن صفقتين في صفقة ، « ثانيهما » أن الأثر قد ورد بالنهي عن بيع وشريط ، فكل بيع مع شرط زائد على مقتضاه منهي عنه ، فيفسد العقد بسبب هذا النهي ، ويقاس على البيع كل

(١) قد ذكرت بعض الكتب من بين العقود التي تفسدها الشروط الفاسدة الرجعة والابراء وعزل الوكيل ولكن القواعد الفقهية توجب ألا تفسد هذه الشروط الفاسدة ، لأنها ليست من عقود المعاوضات « راجع البحر الجزء السادس ص ١٩٣ وما يليها ، والزيلعي الجزء الرابع ص ١٣١ وما يليها وفتح القدير الجزء الخامس » .

عقود المعاوضات ؛ لأنها في معنى البيع ؛ إذ كل عقد من عقود المعاوضة يتضمنه في ناحية من نواحيها . ويضاف إلى هذين التعليين ما جاء في فتح القدير والزيلعي من أن اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا ، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية ، أما غيرها من العقود فلا يتصور فيها الربا ^(١) .

هذه تعليقات الفقهاء من الحنفية التي ذكروها في بيان السبب في تأثير الشروط الفاسدة وفسادها لعقود المعاوضات ، وعدم تأثيرها في غيرها ، ونرجو أن نكون قد بينا وجهات نظرهم ، وإن كنا لا نوافق على مسلكهم .

(ج) والشرط الباطل ، ما ليس موافقا لمقتضى العقد ، ولا مؤكدا له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجز به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما من هو أهل للانتفاع ، ممن يبيع سيارة ، ويشترط على المشتري ألا يستعملها إلا في أحوال خاصة ، أو في زمن معين ، وفي الجملة يقيد انتفاعه بها بأي نوع من أنواع التقييد ، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد ممن هو أهل للانتفاع ، فيكون باطلا ، ولذلك يلغى ، ولا يؤثر في العقد بفساد أو بطلان ، سواء أكان العقد عقد معاوضة أم كان غير معاوضة ^(٢) .

١٤٩ — هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها وأثرها في العقود في مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ولنتكلم عن الشروط وأقسامها عند المالكية . والمتتبع لفروعهم المستقرى استقراء ممكنا لها ، يرى أنهم يرون أن كل شرط لا يتفق مع ما يشترطونه لصحة العقد الذي اقترن به يكون مفسداً للعقد ، لأن العقد حينئذ لم يستوف شروط صحته ، فلم تثبت حقيقته الشرعية ، هذا أصل ، وهناك أصل آخر ، وهو أن كل عقد يناله الضرر والجهالة بسبب شرط من الشروط التي يشترطها العاقدون ، فإن ذلك الشرط يكون مفسداً للعقد ، إن تمسك به العاقد الذي اشترطه ، وإن

(١) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، وراجع الزيلعي الجزء الرابع ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) راجع في هذا رسالة العقود والمروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

لم يتمسك به وتنزل عنه صح العقد ، ولنا الشرط^(١) .
وعلى هذين الأصلين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام : (القسم الأول) الشروط التي يشترطها أحد العاقدين وفيها منفعة له ، وليس فيها منع للعاقد الثاني من حق إعطائه له الشارع بمقتضى العقد ، كأن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار للمبيعة مدة يسيرة ، هي شهر وقيل سنة ، ففي هذه الحالة لم يمنع المشتري في الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع ، وعلى ذلك يصح العقد والشرط^(٢) .

(القسم الثاني) الشروط التي فيها منع لأحد العاقدين من حق إعطائه له الشارع بمقتضى للعقد من غير أن يكون في الشرط جهة بر ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر عيناً من الأعيان ، ويشترط عليه ألا يبيعها ، ففي هذا منع له من حق إعطائه له الشارع ، إذ أعطاه الشارع بمقتضى البيع ملكية مطلقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها ، فأى حد لتلك التصرفات هو منع من حق اكتسبه من العقد ، فيكون منافياً لمقتضى العقد .

(القسم الثالث) الشرط الذي يكون فيه بر كأن يبيع عقاراً ، ويشترط على المشتري وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات ، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل صح العقد والشرط ، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ؛ للغرر الذي قد

(١) راجع بداية المجتهد ، ونهاية المبتدىء الجزء الثاني ص ١٣١ .

(٢) يظهر أن هذا القسم من الشروط لا يكون لازماً ، واجب الوفاء بالنسبة للأتمة ، بل أنه يكون غير مفسد للعقد ، ولكن يستحب الوفاء به ، ولا يجب ، ولذا جاء في مقدمات ابن رشد ما نصه : « أما الشروط المطلقة في النكاح فمن أهل العلم من أوجبها ، وروى القضاء بها ، روى عن ابن شهاب أنه قال أدركت من العلماء من يقضون بها ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق الشروط أن توفوا بها ما استحلتم بها الفروج والمعلوم المعروف فيذهب أنها لا تلزم ، لكنها يستحب الوفاء بها » ومن أمثلة تلك الشروط أن يتزوجها ويشترط في العقد ألا يتزوج عليها ، فالعقد صحيح ، والشرط غير لازم ، ولكن الوفاء به مستحب . ولقد كان مالك رضي الله عنه ينهى الماقدين أن يشترطوا في النكاح شروطاً . وقد قال رحمه الله : « أضررت على فاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وألا يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتب بذلك كتاباً ، وصيغ به في الأسواق ، وعابها عيباً شديداً » راجع المقدمات الجزء الثاني ص ٥٩ ، ٦٠ .

ينفصلي الى التنازع في الزمن الذي يجب فيه انشاء الوقف ، أو البر .
 هذا وقد اقره الامام مالك من بين الفقهاء برأى في الشروط التي تقسد
 العقود ، وهو أن الشرط الذي يفسد العقد ان لم يتمسك به مشروطه ، ينقلب العقد
 صحيحا لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه في ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة نظره في
 ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به ، وهو وجود الشرط
 المنافي لمعنى العقد ومقتضاه ، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها .
 ١٥٠ — هذه اشارة إلى أقسام الشروط عند مالك ، أما عند الشافعي ،
 فتقسم الشروط يتقارب جداً مع التقسيم الذي يذكره المؤلفون في مذهب
 أبي حنيفة وأصحابه ، وقد ذكر ذلك التقسيم في فتح العزيز على وجيز حجة
 الاسلام الغزالي رضى الله عنه ، فقد جاء فيه ما خلاصته : « الشرط ينقسم إلى
 (١) ما يقتضيه مطلق العقد ، كالقبض وجواز الانتفاع والرد بخيار العيب في البيع
 وهذا شرط صحيح لا يضير ذكره ، ولا ينقص العقد اهماله (٢) وما لا يقتضيه
 العقد ولكن فيه مصلحة للعقد نفسه ، كشرط الرهن بالثمن المؤجل ، وتقديم الكفيل
 به ، وشرط وصف خاص في المبيع ، ونحو ذلك ، وهذا شرط صحيح أيضا يجب
 الوفاء به (٣) شرط ليس في مصلحة العقد ، ويورث غرراً يؤدي إلى التنازع أو فيه
 منع لمقتضى العقد الذي أقره الشارع الاسلامي ، كشرط قرض مع بيع ، وكشرط
 ألا يتصرف المشتري في المبيع يبيع ونحو ذلك من الشروط التي تؤدي إلى نزاع ،
 أو فيها ما يمنع بعض ما جله الشارع مقتضى للعقد ، وهذا النوع من الشروط غير
 صحيح ، واقتراه بالعقد يفسده (٤) وشرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ،
 وهذا شرط لاغ لا يضير العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به » (١) .

وهذا التقسيم يتلاقى في أكثر نواحيه مع تقسيم الحنفية للشروط ، ولكن
 الشافعية أجازوا من الشروط في البيع ما لم يجره الحنفية ، فأجازوا البيع بشرط
 العتق ، وهم في ذلك يتفقون مع المالكية ، فانهم يجيزون ذلك أيضا ، وقد نوهنا
 اليه فيما مضى ؛ اذ ذكرنا أنهم يقولون ان الشرط الذي يكون زائداً على مقتضى

(١) ملخص من شرح الوجيز الجزء الثامن ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ طبعه جماعة العلماء .

العقد، وفيه قرينة عاجلة يصح، ويلزم، والعقد قرينة بلا ريب.

١٥١ — هذه هي المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضى الله عنهم، وهي تشترك جميعاً في أنها تقيد باب الشروط بقيود تختلف اختلافاً يسيراً في السعة والضيق، ولكنها تتقارب في مجلتها. أما مذهب الامام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحاباً، وأخصب جناحاً بالنسبة للشروط، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى، إذ بينا أن الأصل عند أكثر الحنابلة في الشروط وجوب الوفاء بها إلا ما قام دليل من الشارح على عدم صحته، ولذلك حكموا بصحة كل الشروط، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكموا بفسادها، لورود الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط في عقد يتضمن إنشاء عقد جديد، كأن يبيع عينا لامرأة بشرط أن تزوجه، أو يبيع شيئاً بشرط أن يعقد عقد صرف في الثمن، فإن هذه شروط تتضمن عقداً جديداً، وقد ورد النهي عن صفتين في صفقة^(١)، (ثانيهما) أن يشترط شرطاً فيه منع للعقد من الانتفاع بما أثبت له من حقوق، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك، فهذه شروط فاسدة قيل أنها تقسد العقد عند الحنابلة، وفي رواية أنها لا تفسده، وقيل إنها المنصوص عن أحمد، فعلى ذلك يكون العقد صحيحاً، والشرط لاغياً، وقد ثبت ذلك بدليل شرعي، وهو القياس على حديث بريرة المشهور الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله» وقد تقدم.

هذه خلاصة اتجاهات الفقهاء في الشروط، وإذا لاحظنا ما فيها من قيود في الجملة، ورجعنا عند ملاحظة هذه القيود إلى القواعد التي ذكرناها في باب حرية التعاقد السابق، وهي قاعدة احترام ما يجري به العرف، وقاعدة الاستحسان، وقاعدة المصالح المرسلة أمكننا أن نأخذ من مذاهب السابقين بالنسبة للشروط طريقاً وسطاً لا ترهق القيود، ولا تمنع فيه المصالح التي يراها الناس، ولا يمنعها الشرع، والله عليم خبير.

(١) ويلاحظ أن الحنابلة لا يعتبرون كل شرط زائد على مقتضى العقد، وفيه منفعة لشخص صفتين في صفقة الحنافية، بل إن ذلك خامس بحال ذكر عقدين في عقد.

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

١٥٢٨ — الصيغة التي يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه، بل توجد الآثار بمجرد تمامها، وقد تكون منشئة للعقد في الحال، ولكنها تؤخر أحكامه إلى المستقبل، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه في الحال، بل من شأنها أن تؤخر وجوده إلى المستقبل، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاث أحوال، ويسمى العقد في الأولى منجزاً، وفي الثانية مضافاً إلى المستقبل، وفي الثالثة معلقاً.

١ — فالعقد المنجز ما كان بصيغة من شأنها أن تقيّد وجود العقد وأحكامه في الحال، أي بمجرد تمامها، كالبيع والنكاح ونحو ذلك، فانهما لا ينعتقدان إلا بصيغ تقيّد وجود العقد وأحكامه في الحال.

ب — والمضاف إلى المستقبل ما كان بصيغة تقيّد وجود العقد في الحال، ولكن تقيّد بذاتها أيضاً تأخر أحكامه إلى المستقبل، كمن يعقد عقد إجارة دار لسكنائها على أن تبدىء السكنى بعد شهر من وقت العقد، وكمن يقول لعمده أنت حر غداً على اعتبار أن العقد قد ينشأ بإرادة منفردة، فالعقد في هذه الحال ينشأ، ولكن أحكامه كلها تؤخر إلى المستقبل، وهو الزمن الذي يعين فيه ابتداء تنفيذ أحكام العقد، ولذا لو اشترط في الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل تعجيل الأجرة، لم يلتفت إلى هذا الشرط؛ لأنه يهدمه ويلغيه إضافة العقد إلى المستقبل، إذ تلك الإضافة تقتضي ألا يثبت شيء من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الزمن الذي أضيف إليه، وفي اشتراط تعجيل الأجرة تنفيذ وتعجيل لأحكامه عن وقتها، فلا يلتفت إليه.

ولذا يقول الفقهاء أن العقد المضاف إلى المستقبل ينعتد سبباً في الحال، ولكن السببية لا تعمل عملها إلا في المستقبل ^(١).

(١) قد يبدو بادي الرأي أن إضافة العقد كاشتراط الخيار فيه، أو أن العقد المضاف كالعقد الموقوف، لأن كليهما ينعتد في الحال، وتؤخر الأحكام إلى الاستقبال، إذ تؤخر في الموقوف إلى الإجازة وفي المصروط الخيار إلى سقوطه، ولكن يفرق بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف والمصروط فيه الخيار بأمرين (أحدهما) أن تأخير الأحكام في العقد المضاف =

ج — والعقد المعلق ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل، كمن يقول ان جاء ابني من السفر سالما تصدقت بكذا، أو ان ثبت ما يدعيه ابراهيم على محمد من دين فأنا الكفيل بأدائه، أو ان بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات فمحمد وكيل يبيع قطني، ففي كل هذه الصور لم يوجد العقد في الحال، بل الصيغة تفيد احتمال وجوده في المستقبل، فلا تجب الصدقة إلا بعد حضور لإبنة سالما، ولا تنعقد الكفالة إلا بعد إثبات الدين، ولا تكون الوكالة إلا اذا بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات، وما لم يوجد أمر من هذه الأمور لم يوجد عقد، وعلى ذلك يكون الفرق بين تعليق العقد واضافته إلى المستقبل أن تعليق العقد يقتضى ألا يوجد، حتى يوجد الأمر الذي رتب وجوده عليه، فن قال لامرأته أنت طالق ان دخلت دار فلانة، فلا يثبت طلاقه، حتى يوجد الدخول، أيما اضافة العقد إلى المستقبل فتقتضى وجوده في الحال، ولكن أحكامه هي التي تؤخر إلى المستقبل، فالعقد المضاف موجود بمجرد تمام الضيغة، أما العقد المعلق فلا يوجد، ولا ينعقد سبباً لأحكامه إلا بعد وجود الأمر الذي رتب وجوده عليه؛ ولذا يقولون إن العقد المعلق قبل وجود الأمر المعلق عليه سبب لأحكامه اسماً فقط، وليس سبباً فعلياً ولا حقيقة، لأن تأثيره في إثبات الأحكام لا يكون الا بعد وجود الشرط المعلق عليه، أما المضاف فهو مؤثر في وجود الأحكام وإثباتها، ولكن يتأخر وجودها إلى الزمن الذي أضيفت إليه.

== يكون من ذات الضيغة المنشئة للعقد، لا من أمر خارج عنها بخلاف العقد مع خيار المرفط والعقد الموقوف، فان تأخير الحكم فيهما ليس ناشئاً عن الضيغة المنشئة، ولكن من أمر زائد عليها في خيار المرفط، ومن أمر خارج عنها في البيع الموقوف (ثانيهما) أن العقد المضاف أحكامه لا يمكن أن تثبت قبل الزمن المضاف إليه بحال من الأحوال. أما العقد المرفط فيه الخيار، أو الموقوف، فانه بإبطال خيار المرفط أو بإجازة العقد تكون الأحكام نائمة من وقت العقد، بمعنى أنها تثبت مستندة إلى وقت العقد وإنشائه، أو على حد تعبير علماء القسانون يكون له أثر رجعي؛ لأن إبطال المرفط تقرير للعقد من وقت وجوده تقريراً تثبت معه كل أحكامه، فتثبت من وقت العقد، وإجازة العقد الموقوف كذلك. أما العقد المضاف فأحكامه لا تثبت الا من وقت حلول الزمن المضاف إليه؛ لأنه لا يوجد سبب لتبوتها قبل ذلك، راجع فيها مرآة الأصول الجزء الثاني ص ٤٠١، ٤٠٢.

١٥٣ — والفرقة بين العقد المعلق والمضاف هي مذهب الحنفية والمالكية ، أما مذهب الشافعي وأصحابه فلا يفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف ؛ إذ كلاهما ينقذ سببا في الحال ، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل في كليهما عند الشافعي ، لأنه موجود بمجرد وجود الصيغة ، والتعليق أثره فقط في تأخير الأحكام ، وظهور الآثار واستقرار الالتزام^(١) ، وقد استدلل الشافعي لرأيه هذا بأمرين : (أحدهما) أن الصيغة التي فيها تعليق على شرط كقول الكفيل إن ثبت دين محمد على إبراهيم فأنا كفيل به ، الموجب للعقد فيها هو الجزء أي الجواب ، فالموجب للعقد الكفالة في مثالنا عبارة : « أنا كفيل به » فهذه العبارة هي المنشئة للعقد الكفالة ؛ إذ لو صدرت من غير تعليق لأنشأت الكفالة في الحال ، ووجود الشرط بنحوها لا يزيل كونها سببا ، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط ؛ لأننا لو قلنا انه يزيل كونها سببا ما انقذت كفالة بعد ذلك ؛ إذ لو انقذت لكانت بغير سبب يؤثر في انشائها ووجودها ؛ فقد أزال التعليق السببية مما يصلح لها من الصيغة ، وذلك باطل ، إذ من المتفق عليه أنها سبب ييقن عند وجود الشرط المعلق عليه ؛ وإن قلنا ان الشرط لا يزيل السببية ولا يؤخر الأحكام كان التعليق على الشرط لغوا ، وذلك باطل ، لأن التعليق قصداً قصده المتكلم المنشئ للالتزام بذلك القول ، وإذا بطل كون الشرط يزيل السببية وبطل كونه لا أثر له ، فلم يبق إلا أنه لا يزيل السببية ولكن يؤخر الالتزام ، وعلى ذلك يكون

(١) وقد اتفق على هذا الخلاف في العقد المعلق بين الشافعية والحنفية خلاف في مسائل منها أن تعليق الطلاق على الزواج يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عند الشافعي ، لأن الطلاق المعلق يوجد في الحال ، ولكن يؤخر أثره إلى المستقبل ، وإذا كان يوجد في الحال فلا بد أن تكون المرأة صالحة له في الحال بأن تكون زوجة بالفعل ، والحنفية الذين قالوا إن العقد المعلق لا يوجد إلا عند وجود الشرط قالوا إن التعليق يصح ، لأن شرط الحليلة يكون عند الانقضاء وهو وجود الشرط ، ومنها أنه يجوز الالتزام الذي أوجده العقد المعلق قبل وجوده عند الشافعي ، ولا يجوز عند أبي حنيفة وأصحابه ، فإذا قال شخص لله على نذر أن أتصدق بكذا إن نجح ابني في امتحانه ، يصح أن يتصدق قبل الامتحان ، ويجزىء عن الواجب بعد النجاح ، عند الشافعي ، ولا يجزىء عند الحنفية .

العقد المعلق منعقدا في الحال ، وحكمه يتأخر إلى وقت وجود الشرط (ثانيهما) أن العقد المعلق إذا صدر من صحيح سليم القوى ثم جن قبل حصول الشرط ، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق ، ووجد ، فإذا قال صحيح سليم القوى لزوجته أنت طالق إن زرت فلانة ، ثم جن ، فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق ، وهذا دليل على أن المعلق ينعقد سببا بمجرد وجوده ، إذ لو كان انعقاده متأخرا إلى وجود الشرط ما انعقد في هذه الصورة ، لأن العاقد ليس أهلا للانعقاد في وقته ؛ إذ المجنون ليس أهلا لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه .

وقد استدل للحنفية بأمرين أيضاً^(١) : (أحدهما) أن الجواب ليس هو وحده السبب في وجود الأحكام إذا اتصل بالشرط في الجملة المفيدة للتعليق ، بل يصير جزءاً من هذه الجملة لا يفيد وحده الفائدة ، وإنما يفيدها التركيب كله ، فإذا قال شخص ان ثبت الدين كنت الكفيل بأدائه لا تكون عبارة كنت الكفيل بأدائه هي السبب في وجود الكفالة وأحكامها وحدها ؛ لأنها في هذه الحالة صارت جزءاً من تركيب ، والتركيب كله هو الذي ينعقد سبباً مقصوداً مؤدياً للمعنى المفهوم من مجموعه لامن أجزائه ، هكذا تقول اللغة وعلمائها ، وهكذا يقصد المتكلمون ، فقصر الدلالة على أحد جزئى الكلام ليس مما يتفق مع مقاصد المتكلمين ، ولا مع ما يقرره اللغويون ، وإذن يجب فهم الكلام على أساس أن الجملة الشرطية كل أجزائها متساوية في الدلالة على مضمونها ، مقدمها وتاليها في ذلك سواء . والجملة الشرطية في مجموعها تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط ، فتنفيذ إذن وجود العقد عند وجود الأمر المعلق عليه ، وقبل وجود ذلك الأمر لم يوجد عقد .

(ثانيهما) أنه لا يمكن أن يقال إن العقد وجد وتأخرت أحكامه ؛ لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحقق فيه وتثبت ، والحال عند التعليق ليست كذلك ، إذ الحال عند التعليق أن الأمر الذي علق العقد عليه قد يوجد ،

(١) اعتمادنا في هذه الأدلة وأدلة الشافعي على كتاب كشف الأسرار على أصول نظر الاسلام الجزء الثانى ص ٩٢ وما يليها ، وقد تصرفنا في توجيهها .

وربما لا يوجد ، ففي حال وجوده لا مانع من أن نقول إن العقد وجد قبل ذلك ، ولكن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط ، ولكن في حال عدم وجوده ، بل التأكد من عدم وجوده أيستمر العقد موجودا وحكمه متأخرا ؟ وإلى أى زمن مع أنه من المؤكد أنه لا يحصل الأمر المعلق عليه ؟ ففي مثال الكفالة السابق إن لم يثبت الدين أيستمر عقد الكفالة موجودا وحكمها متأخرا إلى غير زمن ، وإلى غير غاية ؟ وإن قلنا إن العقد قد بطل فما الذى أبطله ، وما الذى سلبه معنى السببية التى ثبتت له ؟ لا نخلص من هذا إلا أن نقول إن عدم تحقق الشرط أزال وجود العقد ، وما علمنا فى قضايا العقل ، وبداهة الفكر أن عدم شئ يزيل شيئا موجودا محققا ثابتا ، إلا إذا كان ذلك الموجود قد ارتبط وجوده وعدمه بوجود ذلك الشئ المعلوم ، وذلك يؤدى حتما إلى أن نقول إن وجود الشرط هو السبب فى وجود العقد ، وذلك ما لا يقوله الشافعى وأصحابه ؛ لأنهم يفرضون العقد موجودا قبل وجود الشئ المعلق عليه .

§ ١٥٤ — وليست كل العقود يجوز انقادها بهذه الصيغ المختلفة ، بل بعضها يصح انقاده بكل هذه الصيغ ، وبعضها لا ينعقد إلا بصيغة خاصة منها ، ولذا كره فى كل صيغة ما ينعقد بها من العقود ، وما لا ينعقد ؛ وأساس الجواز والمنع فيها .

أما صيغة التنجيز ، فهى أعم صيغ العقد شيولا ؛ لأن الأصل أن من يريد التعاقد يقصد إلى وجود العقد وأحكامه فى الحال ، ولا يعتمد إلى تأخير أحدهما إلا لغاية قد تتفق مع مقتضى العقد الذى هو بصدد انشائه ، وربما لا تتفق ، لذلك كانت العقود كلها تصح منجزة ، ما عدا عقدين ؛ لأنهما فى معنائهما ومقتضاها لا يكونان منجزين ، وهما عقد الوصية وعقد الايصاء^(١) ، فعنى هذين العقدين لا يتفق مع التنجيز ؛ فإن أحكامهما لا يمكن أن تكون إلا من بعد الوفاة ؛

(١) الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والايصاء اقامة الأب وصيا على أولاده من بعد وفاته ، أو اقامة الجد وصيا على أحفاده من بعد وفاته .

ولذلك لا يقبلان التنجيز أصلا ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزاً من غير أى استثناء .

§ ١٥٥ — أُمْلُ الاِضَافَةِ ، فالعقود تنقسم بالنسبة لانعقادها معها وعدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام :

١ — عقود لا تكون إلا مضافة ، وهى عقود الوصية والايضاء ، فإن هذه العقود لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت ، ولا يمكن أن تكون أحكامها بحال من الأحوال متصلة بانشائها ، وقد بينا ذلك ، غير أنها أحيانا تكون مع الاضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة ، ومثالها معلقة الشرط أن يقول شخص ان حكم لى بملكية هذه الدار فهى وصية بعد موقى لفلان ، ففى هذه الحال ، تكون الوصية معلقة على شرط ، واذا تحقق ذلك الشرط ، ووجد العقد بمقتضى ذلك التحقق تؤخر الأحكام إلى ما بعد الموت ، وتكون مضافة اليه .

ب — عقود لا تعتقد بصيغة مضافة ، وهى العقود التى تفيد تملك الأعيان فى الحال ، وعقد الزواج ؛ وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثارها وأحكامها متصلة بصيغتها ، وما أمكن ذلك فلا بد أن تكون الصيغة مفيدة له لأن تأخير الأحكام عن صيغتها اهمال لهذه الصيغة ، وابقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، وذلك لا يجوز ، فإدام يمكن أن يتصل الحكم بالعقد وجب أن يتصل به ؛ ولأن هذه العقود وضعت شرعا لافادة التملك أو ما يشبهه فى الحال ، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك فى الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى ، فلا تدل على العقد ، فلا يعتد بالعقد بها .

ج — عقود يصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وهى عقود التملكيات التى لا يمكن تحقيق مقتضياتها متصلة بصيغتها كالاجارة ، والاعارة ، والمزارعة والمساقاة ، فانها تملك المنافع ، والمنافع لا تملك دفعة واحدة ، بل تتحقق ساعة فساعة ، فلا توجد إذن المنفعة المقود عليها كلها متصلة بالعقد ، واذا كان مقتضى هذه العقود كذلك ، وأنه لا يمكن اتصاله

بصيغة إنشائها صحت مضافة إلى المستقبل ، ومن هذا القسم الذى يصح منجزا ومضافا الى المستقبل عقود الاسقاطات كالعتق والخلع ، والطلاق بشكل عام ، والاطلاقات^(١) كالوكالة والقضاء ، والادارة والاذن فى التجارة ، وعقود الالتزامات بما لم يكن لازما كالسكافة والحوالة ، فانهما يفيدان التزاما فى معنى التبرع لم يكن لازما ، وصحت اضافة هذه العقود جميعها ؛ لأن مقتضاها لا يوجد عقب انشائها كاملا .

١٥٦٨ — هذه هى أقسام العقود بالنسبة لانعقادها مضافة الى المستقبل وعدم انعقادها . والعقود بالنسبة للتعليق تنقسم الى ثلاثة :

١ — عقود لا تقبل التعليق مطلقا ، وهى تشمل كل العقود التى تفيد التملك سواء أ كانت عقود معاوضة أم عقود تبرع ، وسواء أ كانت لتمليك المنفعة أم لتمليك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن^(٢) .

وقد علل فقهاء الحنفية عدم قبول هذه العقود للتعليق بأن التعليق قمار ؛ لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود فى الحال ، ولكنه محتمل الوجود فى المستقبل ، فكان انشاء العقد الملحق احتماليا صرفا ، يحتمل الوجود ويحتمل العدم ، وكلاهما متوقف على ما يتكشف عنه المستقبل ، فمن قال إن جاء ابنى من السفر سالما ، فقد وهبت لك كذا ، فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم على حسب ما يكشف عنه المستقبل ، وهو غيب وقت العقد ، وليس هذا إلا قمارا ، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها ، والتى تفيد الالتزام بحقوق وانشاء أملاك تعقد مع القمار .

(١) معنى الاطلاق التمكن من تصرف ما كان للشخص ، وهذه العقود هى الأمانة والوكالة والقضاء ، وكلها تمكن من تصرف كان ممنوعا .

(٢) وبما لا يصح تمليقه أيضا التقييدات ، وهى مقابيل الاطلاقات ، كزول الركيل ، والجر على المأذون له فى التجارة . وقد ائس الفقهاء أيضا على أنه ما لا يجوز تمليقه الابراء مع أنه فى ظاهره إسقاط ، ولكن عللوا عدم تمليقه بأنه تملك للدين لمن عليه الدين فى المعنى فهو داخل فى قسم ما يفيد التملك من العقود .

وعلى ذلك فقهاء المالكية كما في الفروق بأن انتقال الأملاك يعتمد على الرضا بالعقد والتزاماته ، ومع التعليق على أمر غير موجود في الحال ، لا يتحقق الرضا بالعقد ، وآثاره وأحكامه ، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يمكنه له ، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت ، وما بهدنا تنتقل الأملاك ، وتثبت الحقوق ^(١) .

ب — عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط ، ولكنها تقبلها بالشرط المتعارف والشرط الملازم ، وهى عقود الكفالة والحوالة والإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ؛ فزده العقود تنعقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعارفاً ، أو كان ملائماً لمقتضى العقد ، بأن كان يعاون ذلك المقتضى ، ويوثقه أو بينه وبينه ملازمة تجعله غير متنافر معه . وقد فسر بعض الفقهاء الشرط الملازم الذى يصح التعليق عليه بأنه (١) ما كان شرطاً للزوم الحق نحو قوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن (٢) أو كان شرطاً لامكان الاستيفاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين (٣) أو شرطاً لتعسر أو لتعذر الاستيفاء من الأصيل فى الكفالة أو الحوالة ، كأن غاب زيد المدين عن المصر ، أو أفلس ، أو يحجز عن أداء الدين ، فأنا الكفيل بالدين ، أو فالدين على ، ففي هذه الصور الثلاث يكون الشرط ملائماً لمقتضى العقد ، مناسباً لمعناه ، متفقاً أو معاوناً للغرض المقصود منه . أما تعليق هذه العقود بالشروط غير الملازمة وغير المتعارفة فلا يصح ، كان نجح ابنى فى الامتحان فأنا كفيل بأداء الدين ، فلا ينعقد عقد الكفالة ، لأنه

(١) وهذا نس ما جاء فى الفرق : « لا يصح التعليق على المبرط بأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو أكرتلك ، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، فان شأن المعلق عليه أن يكون بحيث يصترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كعدم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار فى ذلك بجزم المبرط ، دون أنواعه وأفراده ، فلو حظ المبنى العام دون خصوصية الأنواع والأفراد » اه بصرف قليل . راجع الجزء الأول من الفروق ص ٢٢٩ . ويلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه يميز التعليق فى التبرعات : راجع (مقالة الشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك) وترى أن تحليل الفروق المذكور يقتضى العموم فى كل أسباب انتقال الملك بالعقد .

لاصلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد .

والتعليل واضح في عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة ، لأن الأصل في العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لاتردد فيها ، لأنها تقوم على الرضا ، والرضا لا يكون إلا مع الجزم واليقين ، ولأن التعليق يجعل العبارات غير منشئة للعقود في الحال ، والأصل في العقود أن تكون بعبارات تدل على الانشاء في الحال ، وقد بينا ذلك عند الكلام على الألفاظ في العقود ، ولكن الشرط للملزم في هذه العقود لما كان يتفق مع مقتضى العقد ، ويناسبه ويتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء .

ج — عقود يصح تعليقها بكل شرط ، سواء أ كان ملائماً لمعناها أم غير ملائم ، وسواء أ كان متعارفاً أم غير متعارف ، وذلك يشمل عقد الوصية والايضاء ، وعقد الوكالة ، فان هذه العقود يصح تعليقها بكل شرط ، وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط . أما الوكالة فلائها عقد غير لازم ، والعقد غير اللازم لا يجعل لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقاً لازمة مستقرة ، فساغ لهذا عقده بعبارات غير جازمة قاطعة كالعبارة المعلقة بالشرط . والوصية والايضاء عقدان متأخر أحكامهما عن صيغتهما حتماً ، ولا يمكن إلا أن تكون الأحكام مترسخة عن صيغتهما ، وهما أيضاً عقدان غير لازميين ، لذلك صحا مع الصيغة المعلقة ، لأنه لايتأخر مقتضاها الشرعى بذلك التعليق ^(١) .

(١) يد الفقهاء من التصرفات المرعية التي تقبل التعليق الاسقاط التي يخلف بها كالاتفاق والالتزامات التي يخلف بها وهي النذور نحو لله على ان شفى ابني من مرضه هذا لأصدقن بكذا وكذا فان هذين النوعين من التصرفات المرعية يجوز تعليقها بكل شرط من تشييد بكونه ملائماً أو غير ملائم .

(تنبيه) اعتمادنا في باب التعليق والاضافة على كشف الاسرار على أصول فخر الاسلام ص ٥٩٧ — ٦٠٦ ، ومرآة الأصول ، والبحر الجزء السادس في متفرقات البيع ، والزيلعي الجزء الرابع في متفرقات البيع ، وابن عابدين الجزء الرابع ، وجامع الفصولين الجزء الثاني وكتاب المعاملات ، والعروض والعقود لاستاذنا الشيخ احمد ابراهيم بك .

حل العقد

١٥٧§ — نكلمنا فيما مضى فى انشاء العقد ، ومكوناته الحسية ، وما وضعه الشارع لها من خواص لى تنتج آثارها ، وتثمر ثمراتها ، فتكلمنا فى الرضا ، وما يطلبه الفقه الاسلامى فيه ، وتكلمنا فى العبارات الدالة على العقود ودلالاتها على ما تكنه النفس ، ثم على حرية المتعاقدين فيما يتعلق بما يريدانه من عقود وشروط ، وبسطنا القول فى ذلك بمقدار ما يتسع له المقام ، وبمقدار ما واثنا ملايسات للموضوع ، والآن ننتقل الى المعقود عليه ، وهو لب العقد ، إذ هو المشيع لحاجات المتعاقدين ، وهو الغاية من العقد ، ومقصده البين :

قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرها فى المعقود عليه ، فان لم تتوافرا لم يوجد العقد ، ولم يتكون : احداها أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه ، وثانيهما أن يكون خالياً من كل غرر يؤدى الى تنازع ، ويفضى الى خلاف ، أو يفضى الى خدع أحد العاقلين ، بحيث لا يكون عليا بالمعقود عليه على وجه الصحيح . وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين ؛ ولكنهم اختلفوا فى تفصيلهما ، وانشعبت آراؤهم فى مدى ما يدخل فى عمومهما من جزئيات . ولنتكلم على الأصلين من غير أن نمس مواضع الخلاف إلا قليلا ، فان للتفصيل موضعه فى كل عقد ؛ ونحن هنا نتكلم على القواعد العامة من غير أن نهيم فى التفصيلات .

فأما الأصل الأول ، وهو أن يكون المعقود عليه صالحا لحكم العقد ، فعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه ، ويصلح لاستيفائه منه ، وعلى ذلك لا ينعقد بيع المسجد ؛ لأن البيع يقتضى نقل الملكية من مالك الى مالك ، فينقل المبيع من ملك البائع الى المشتري ، والمسجد لم يكن أولا فى ملك البائع ، إذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى ، وثانيا هو مرصود على حال خاصة تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة أو هو من هذا النوع من الأموال ، فلا يقبل التملك مادام على هذه الصفة ، وهى صفة لازمة له لاتنصى عنه عند الأكثرين

من الفقهاء ، كما لا ينعقد البيع إذا كان المبيع مالا غير متقوم ، وكان أحد العاقلين مسلما لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبينا فيه ، وكان البائع أو المشتري مسلما ، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكه للمال غير المتقوم غير محترمة ، ولا يقرها الشارع ، فلا تنتقل منه إلى غيره ، وإذا كان المشتري هو المسلم لا يدخل في ملكيته ذلك النوع من الأموال ، وفي الحالين لا يقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين أو إذا كان أحدهما مسلما ، لعدم صلاحيته حينئذ لانتقاله من مالك إلى مالك ، وعدم احترام الشارع للملكية .

ومثل ذلك عقد الاجارة اذا كانت المنفعة المعقود عليها لا يبيحها الشارع فلا تنعقد الاجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها نواح نأحة مثلا ، لأن ذلك النوع من المنافع لم يبيحه الشارع الاسلامي ، فلا ينعقد العقد عليها ، لأنها غير قابلة لحكم عقد الاجارة ، اذ هو لاستيفاء المنافع التي هي موضوعه ، فاذا كانت محرمة ، لا يمكن استيفائها ، لا تكون قابلة لحكمه ، فلا يصح انعقاده عليها .

ومن هذا الأصل عدم انعقاد الكفالة اذا كان الدين غير قوى ، بأن كان يسقط بالأداء والابراء وغيرها ، وذلك لأن مقتضى عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بالأداء ، ولا تسقط المطالبة عنه الا اذا أدى أو أبرأه الدائن أو أدى الأصيل أو أبرأ من الدين ، فاذا كان الدين يسقط بغير الاداء أو الابراء كضى مدة معينة أو النشوز أو الطلاق لم يكن قابلا لحكم الكفالة ؛ وهو مطالبة الكفيل حتى يؤدي أو تبرأ ذمته ، اذ في هذه الحال يجوز ألا يطالب ، مع أن أحدا لم يؤد ولم يبرأ الدائن ذمة أحد .

ومما ينطبق عليه هذا الأصل عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجه لشخص أو معتدة لم تنقض عدتها ؛ لأنه في هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد ، إذ موضوع هذا العقد ايجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة الحسنة ، والمودة وسكن النفس ، وتنازل الذرية وتعهدها بالرعاية لتنبئ نباتا حسنا ، وذلك كله يقتضى الفراغ من الأزواج فاذا كانت المرأة لا تزال مشغولة

بزيجة سابقة أو تكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلاً لحكم العقد ؛ لأن مقتضى هذا العقد الإباحة تلك الحياة ، فإذا كانت مشغولة بأمر الشارع ، فلا تتحقق الإباحة ، حتى تخلو من الأزواج .

§ ١٥٨ — وقد فرض أكثر الفقهاء أن المدوم لا يصلح أن يكون محلاً للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام أى عقد ؛ لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود ، اذ المدوم لا يقبل أوصافاً ذاتية وجودية ، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعاني يقتضى شيئاً موجوداً مستقراً ثابتاً يقوم به ؛ وعلى هذا الأساس المنطوق بنى أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المدوم لأن يكون محلاً للعقد ، سواء أكان معدوماً ليس قريب الوجود ، أم كان معدوماً قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال ؛ غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا القرض حتى وجدوا عقوداً كثيرة قد وردت الآثار من الشارع بصحتها مع أن محلها فى ذاته معدوم وقت العقد ، وجدوا الشارع قد أقر عقد الإجارة مع أن المنفعة وهى محل العقد غير موجودة وقت العقد ، وأقر عقد السلم مع أن محل العقد ، وهو المبيع غير موجود وقت العقد ، والاستصناع مع أن المصنوع ، وهو محل العقد غير موجود وقت العقد ، وهكذا كثير من العقود ، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية ، ولكنها عقود استحسانية ، أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية ، ولكن ذلك القول لا يستقيم ؛ لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان لا يكون على هذا النحو . بل الأولى تعديل القرض ، والنظر فى هذا الحكم ، وهو أن المدوم لا يصلح محل عقد — نظرة فاحصة كاشفة ، وتخصيص عمومته ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع ^(١) .

ولقد كان مذهب مالك أقل تمسكاً بشرطية وجود العقود عليه ؛ لينعقد

(١) اتنا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المدوم لأن يكون محلاً للعقد بقعود التملك التى تقتضى القبض فى المجلس كمقد الصرف ، وعقد الهبة لكأن القاعدة مستقيمة لا استثناء فيها عند أبي حنيفة وأصحابه .

العقد ، فأجاز العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة ، ولم يميز العقد إلا على موجود في عقود المعاوضات ، ولو كان سيوجد ؛ لأن ذلك يؤدي الى الفرر والقار في عقود المعاوضات ، بينما لا يؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات ؛ لأن المتبرع غير ملزم فيها ، وما عليه من سبيل ، فيقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذي سيوجد ، ويكون هذا وذاك منه سائغين ^(١) .

١٥٩ — ويرى ابن تيمية أن المعدوم من حيث هو معدوم يصلح محلا للعقود كلها ، وإذا عرض له عدم الصلاحية ، فليس ذلك لأنه معدوم ؛ بل لأن فيه غرراً وجهالة تقضى إلى نزاع أو قمار ؛ ولذا يقول : ان المعدوم في ذاته يصح أن يكون محلا للبيع مع اتفاق مالك وأبي حنيفة على عدم صلاحيته في الجملة . وهو يقول في ذلك : « ليس في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع الأشياء التي هي موجودة ، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم ، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الفرر ، والغرر ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أ كان موجودا أم معدوما كالعبد الآبق والبعير الشارد ، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل ، وهو غرر لا يجوز بيعه ، وإن كان موجودا ؛ فإن موجب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة ، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قرر البائع ، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قرر المشتري ، وهكذا المعدوم الذي هو غرر ، نهى عن بيعه لكونه غررا لا لكونه معدوما ، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لا يحمل ، وإذا حمل فالحمول لا يعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار وهو من الميسر الذي نهى الله عنه ، ومثل هذا اكراء

(١) راجع رسالة الصروط والعقود ، لأستاذنا الكبير الشيخ أحمد إبراهيم بك .

دواب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يمكنه تسليمه ، بل قد يحصل ورعاً لا يحصل^(١) .

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعدوم يصلح محلاً للعقد ، بل يصلح محلاً لكل عقد حتى عقد البيع ، ويرى أنه إذا كانت قد وردت الآثار بعدم جواز بيع أنواع من المعدوم فليست العلة في ذلك كونه معدوماً ، بل العلة كونه فيه غرر وجهالة تؤدي إلى قمار ، فالمعدوم الذي لا يصلح محلاً لبعض العقود في داخل باب الفرر الذي لا تصح معه العقود .

§ ١٦٠ — ولنتقل إلى الأصل الثاني الذي يمنع وجوده صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للعقد ، وهو الفرر ، ومعناه أن يكون في العقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه ، أو يكون العقود عليه متردداً بين حالين يتحقق في أحدهما تعيينه ، وفي الأخرى لا يتحقق ، فيكون غير معين كالعقد على الجمل الشارد في صحراء — عقد بيع ، فإنه يمكن العثور عليه فيستحق وجوده ، ويحتمل ألا يعثر عليه ، فلا يتحقق وجوده فيكون ثمة غرر ، فالفرر يرجع إلى الجهالة أما جهالة العقود عليه وأوصافه ، أو جهالة حاله من الوجود أو العدم .

فإذا كان في العقود عليه غرر من أي نوع كانت الجهالة لم يصلح أن يكون موضع عقد ، وذلك أصل متفق عليه لتضافر الآثار بالنهي عن الفرر ، وعن بيع وعرر ، ولأن الجهالة في العقود عليه تفضي إلى نزاع بحيث لا يمكن الاتفاق ، ولأن العقود إذا احتمل حالين ، ولم يستيقن بأحدهما عند العقد كان ذلك قماراً وميسراً ، فمن باع جملًا شاردًا كان مقامراً ، لأنه إما أن يخسر إن عثر المشتري على الجمل ، إذ قد باعه بأقل من ثمنه موجوداً في يده وقت العقد ، وإن لم يعثر المشتري عليه كسب ؛ لأنه أخذ مالاً في نظير شيء ثبت أنه غير موجود ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري .

(١) راجع القياس في المهرع الاسلامي ص ٤٠ .

والجهالات في المعقود عليه قسبان : جهالة فاحشة لا تغتفر ، ولا يصح معها العقد ، و جهالة يسيرة ينقذ معها العقد ، لجهالة النوع كأن يقول بعثك حيوانا من غير أن يبين نوعه أهو من الجمال أم الشاء— جهالة فاحشة لا ينقذ معها العقد ، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردىء كأن يبيع قمحا يبين نوعه ولم يبين وصفه ، جهالة يسيرة ينقذ معها العقد .

وفي كون الجهالة يسيرة أو فاحشة يجري تنازع الفقهاء فمثلا اذا تباع شخصان وكان محل البيع واحدا من ثلاثة أشياء يختاره المشتري من بينها على أن يكون ذلك في مدة معلومة ، فبعض الفقهاء اعتبر ذلك جهالة فاحشة في المعقود عليه ، فلم ينقذ العقد في نظره ، وبعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة فجاز العقد ووجب على المشتري أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة^(١) .

١٦١— ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط في نوع الجهالة أهى فاحشة أم يسيرة ، بل اتسع أفق الخلاف الى أكثر من ذلك ، فقال أبو حنيفة والشافعى إن كل العقود لاتصح مع جهالة المعقود جهالة فاحشة . أما مالك فقد قال إن بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة ، وبعضها لا يصح ، وقسم العقود الى ثلاثة أقسام :

(١) القسم الأول المعاوضات الصرفة التى من شأنها أن يقصد بها تنمية المال كالبيع ، والشراء ، والاجارة ، والسلم ، وغير ذلك من عقود المعاوضات ، والجهالة الفاحشة في المعقود عليه فيها تبطل العقد ، وذلك لأن هذه العقود تجري فيها الماكسات ، فلا بد من تعيين المعقود عليه تعيينا يتفق معه كل نزاع ، أو ما يؤدى اليه ، ولأنه إذا لم يكن المعقود عليه محقق الوجود معلوما بالخواص المعرفة له كان أحد العاقلين قد بذل مالا ، بقصد أن ينال عوضا ، ومع ذلك لم يعرف العوض ، ولم يستوثق من حاله ، فلم يكن ذلك عدلا ومساواة ، بل يكون ميسرا وقارآ .

(١) راجع تهذيب الفروق الجزء الأول ص ١٧٠ .

(٢) القسم الثانى عقود هى احسان صرف ، لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة ، والابراء ، وهى تصح بالعلوم والجهول ، والحقق الوجود وغير المحقق ، وذلك لأن الشارع حث على الاحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلوما ومجهولها تيسيرا للمحسنين ، وتكثيرا للاحسان ، ولأنه لا ضرر يقع على العاقد الآخر ؛ لأنه لم يبذل شيئا ، فمن يوجب له جل شارد إن عثر عليه فقد نال خيرا كثيرا ، وإن لم يعثر عليه لم يحصل له ضرر ؛ لأنه لم يبذل قليلا ولا كثيرا . ولا شئ فى ذلك يؤدى إلى المشاحة والخلاف ؛ لأنه ما على المحسنين من سبيل ، ويقول صاحب الفروق فى ذلك : « وهذا فقه جميل ، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام ، حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ؛ بل إنما وردت فى البيع ونحوه » ، فتقتصر عليه وعلى ما يشبهه وهو عقود المعاوضات .

(٣) القسم الثالث تصرفات لم يكن المال فيها جاريا مجرى المعاوضات الصرفة ولا مجرى البذل الصرف ، كالمر فى النكاح ، فالمال فيه ليس مقصودا ، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون ، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل . فتصح التسمية مع الجهالة ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محضين غير مسافحين » يكون كالعرض فيقتضى هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر ، فوجود الشبهين توسط مالك رضى الله عنه وجوز بعض الفرر كتسمية حيوان وبيسان جنسه من غير بيان وصفه ويحمل على الوسط ولم يميز الفرر الذى لا ضابط له ^(١) ، ولا وسط له يمكن الاعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الآبق ؛ لأنه لا ضابط يمكن الاعتماد عليه ، وبه يزول الفرر .

(١) الفروق للفرافى الجزء الأول ص ١٥٠ ، ١٥١ وتهذيب الفروق للشيخ محمد على الجزء الأول ص ١٧٠ ، ١٧١ .

العاقبة

§ ١٦٢ — كلام العاقدين هو ركن العقد المكون له ، فهما المنشئان للعقد ، والشارع يرتب عليه الآثار ، على حد ما بينا فيما مضى ، ومن الناس من يعتبر كلامه لغوآ في العقود ، فلا تنعقد به ، ومن الناس من يكون لكلامه أثر محدود في تكوين بعض العقود ، وهو مقيد بارادة غيره ، ومن الناس من يكون كلامه مطلق الأثر في تكوين العقد ، لا تقيده ارادة غيره ، ولا تتعلق عقوده عليها . وإن اختلاف أحوال الناس ذلك الاختلاف يقوم على توافر عنصرين ، وعدم توافرها ، وهما الأهلية ، والولاية . ولنتكلم على كل واحد منهما بكلمة نجلى معناها وتبين أقسامه ، وتوضح أحكامه مع الإيجاز .

الأهلية

§ ١٦٣ — الأهلية معناها في الشريعة صلاحية الشخص للالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق ، فإذا صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له ، وثبوت الحقوق المشروعة عليه ، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها ، كانت عنده الأهلية بجزئها ، أو كان عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء .

وإذا كان أهلا لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط ، من غير أن يكون أهلا لأن ينشئ حقوقا ويلتزمها ، وبعبارة أخرى من غير أن يكون أهلا للمعاملة بين الناس ، كان عنده جزء من الأهلية ، ويسمى ذلك الجزء أهلية الوجوب ؛ فأهلية الوجوب إذن هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة ، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها ، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب ؛ إذ هي من لوازمها ، فلا يكون الشخص صالحا للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات ، وأسباب الحقوق ، إلا إذا كانت قد تثبت له الصلاحية

لثبوت الحقوق ، المشروعة له أو عليه ، فأهلية الأداء يدخل في ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب ، فلا تثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء^(١) .

§ ١٦٤ — وعلة أهلية الوجوب التي تتحقق بوجودها وتنتفي بعدها ، هي وجود الانسان ، فالانسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة سواء أكان بالغاً أم صبياً ، وسواء أكان رشيداً أم غير رشيد ، وسواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان حراً أم عبداً^(٢) . وإن تلك الأهلية تستمر له الى أن يموت ، ويقول بعض الفقهاء انها تستمر له الى أن تؤدي عنه ديونه بعد الوفاة . ولقد فرض أكثر الفقهاء أمراً اعتبارياً سموه النعمة ، تتعلق به تلك الأهلية؛ وتتصل بها الواجبات ، ويكون محلاً لثبوت الالتزامات ، فالنمة أمر تقديرى اعتبارى ، فرض موجودا ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات ، وبعبارة عامة إن النعمة يقدر وجودها ليكون الانسان صالحاً للالتزام والالتزام ، وليس ذلك بأمر غريب في قضايا الشرع والقانون ، فكثير من الأمور الشرعية

(١) على ذلك تكون العلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء العموم والخصوص المطلق ، كالعلاقة بين الحيوان والانسان ؛ لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل في عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء ، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب ، ولا عكس ، فأهلية الوجوب أعم أفراد ، اذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب ، وليس عنده أهلية الأداء ، ولا يوجد من عنده أهلية الأداء ، وليس عنده أهلية الوجوب .

(٢) يلاحظ الفاروى لكتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهوري بك (مع دفته) تسامحا في التعبير في الأهلية في نقطتين (احداها) أنه في النبعة رقم ٣١٧ عرف أهلية الوجوب تعريفا ناقصا فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق ، ولم يذكر العنصر الآخر ، وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق ، وذلك نقص ، ولقد ذكر الأشة كلها لأهلية الوجوب من هذا القبيل مع أنه نقل في النبعة ٣١٨ تعريف أصول الفقه وتعريف فحى زغلول باشا ، وما يفيدان العموم ، وليس فيهما نقص (الثانية) أنه اعتبر الرق معدما لأهلية الوجوب في القوانين التي اعترفت بالرق ، مع ان الفريضة الاسلامية من القوانين التي لم تمنع الرق ، والرق في فيها غير فاقد أهلية الوجوب فله أن يتزوج باذن سيده ويطلق ، وان جنى اقتص منه ، وان أثلث ضمن ، وتلزمه الديون وتؤخذ من كسبه ان كان كسوبا ، ويباع فيها ان لم يكن كسوبا ، وهذا كله لا يكون الا اذا كان عنده أهلية وجوب وان لم تكن كاهلية الحر .

والقانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها ، فالملك في الأشياء المملوكة ليس أمراً محسوساً وموجوداً حقيقياً ، ولكنه شيء مفروض مقدر ، وكذلك الرق والحرية أمران مقدران ، وليسا بصفتين ذاتيتين للأحرار والعبيد ، وإنما مؤدى الملك والحرية والرق هو تعلق أحكام مخصوصة تقدر هذه الأمور محلاً لها ، وكذلك الزوجية بين الزوجين أمر مقدر فرضه الشارع ، وتعلقت به أحكام خاصة ، وعلى هذا النحو فرض أكثر الفقهاء الذمة ، لتكون محلاً للحقوق المشروعة التي تجب على الشخص ، والحقوق التي تجب له ؛ وذلك لأن تلك التكاليفات لا يصلح العقل محلاً لها ؛ لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبي في المهد ، بل للحمل المستكن ، متى ثبت وجوده بيقين ونزل حياً ؛ فانه يوصى له ، ويوقف عليه ، ويستحق في الغلات ويرث ، وكل هؤلاء لا عقل لهم ، فلم يبق إلا أن نفرض أمراً يناط بالإنسانية نفسها ، فكان الذمة ؛ وإن قيل يقدر العقل فيهم لوجود الاستعداد وتنط به الحقوق والواجبات رد عليه بأن تقدير العقل موجوداً فيهم لا يقل بعداً عن فرض الذمة وتقديرها .

ويرى بعض العلماء أنه لا حاجة — الى فرض الذمة وتقديرها ؛ إذ يكفي أن الشارع مكن للدائن من الاستيفاء من المدين ، وأمر الشارع وتمكينه هما مناط الالتزام والالتزام^(١) ولقد رد عليه صاحب كشف الأسرار رداً عنيفاً ، وأنا لنرى أن الأمر في شأنها أقل من أن يكون موضع خلاف ، إذ الخلاف فيه خلاف لاجداه فيه ولا أثر ، ولا ثمرة له ، بل هو خلاف فلسفي يعد من ملح العلم ، لا من لبه وصلبه .

١٦٥ — ذكرنا فيما مضى أن الانسان تثبت له أهلية من وقت وجوده الى موته، وأن الأهلية بنوعها خاصة ببنى الانسان لا تثبت لغيرهم ، ولكن نرى جهات خاصة يثبت لها حقوق ، ويدخل وليها باسمها في تصرفات كجهات بيت المال

(١) راجع الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل احمد ابراهيم بك .

وجهة الأحباس والمدارس ، فهل تثبت أهلية الوجوب لهذه الجهات ؟ لا شك أن القانون الحديث يفرض أن لهذه الجهات وما شابهها شخصية معنوية ، فالشركات والمؤسسات التي ترصد فيها الأموال للجهات العامة ، سواء أكانت بطريق الوصية أم بغير طريقها ، لها في القانون شخصية معنوية يعترف بها وبقرها أكثر القانونيين ، وعلى ذلك تكون لها أهلية وجوب باعتبار هذه الشخصية . أما الشريعة الإسلامية ، فلم يكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية ، ولذلك كان اثبات أهلية وجوب لبית المال والوقف موضع نظر في الشريعة ، ولا نجد عبارة ثابتة في كلام الفقهاء تفيد أن للوقف ونحوه أهلية وجوب ، بل نجد مثلاً أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا ذمة له ، فيجىء في تنقيح الحامدية ما نصه : « المصريح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف ؛ إذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين إلا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه في الرجوع » ^(١) . وهذا نص يفيد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا ذمة له ، وإذا لم يكن للوقف ذمة تحمل فيها الحقوق والواجبات ، وأن المسئول هو القيم عليه ، فليس له إذن أهلية وجوب ، ويجرى مثل ذلك في بيت المال ونحوه ؛ ولكن من جهة ثانية نرى أن حقوقاً تثبت لهذه الجهات ، وتصرفات تعقد معها بتولاها الناظر ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بدليل أنه إذا عزل أمها من يخلفه في القيام عليها ؛ وهذه التصرفات الشرعية لا يمكن تخريبها إلا إذا فرضنا للوقف وما يشبهه ذمة منفصلة عن ذمة الناظر ؛ فمثلاً من المقرر فقهيًا أن الاجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر ، ومع ذلك إذا مات ناظر الوقف ، وكان قد أجر أرض الوقف أو دوره لا تبطل الاجارة ؛ لأنهم فرضوا أن المؤجر ليس هو الناظر ، ولكن المؤجر هو الوقف نفسه ، وأن الناظر كالوصى على اليتيم ، تولى هو الاجارة بالنيابة عن الوقف ، وإذا كان كذلك فلا بد من اعتبار أن للوقف ذمة تتبعها أهلية وجوب ، لأننا اعتبرناه

(١) تنقيح الحامدية الجزء الأول ص ٢٢٢ .

مؤجراً من جهة ، ولأننا اعتبرناه كالحجور عليه من جهة ثانية ، والحجور عليه له ذمة ، وأهلية وجوب بلا نزاع ، ونرى غير ذلك أن الفقهاء يقررون أن كل تصرف سائر شرعى يدخل فيه الوقف ، تلزمه كل التزاماته ، ولو عزل الناظر الذى تولاه ، ومن ذلك مثلاً ما جاء فى تنقيح الحامدية : « للمسجد وقف فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصرى من ريع الوقف ففعل وعزل الناظر ثم تولى ناظر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً ، فهل يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ؛ لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول؟ الجواب يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ، ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل » (١).

وهكذا ترى كثيراً من الحقوق والواجبات تلزم جهة الوقف ، كما تلزم جهة بيت المال ، فتثبت لها حقوق وعليها واجبات ، ولذا نرى أن أمثل السبل أن تفرض لها شخصية معنوية كما فرض القانون ، وأن نجعل الوقف كالمؤسسات ، وأن نقدر لها أهلية وجوب ؛ لأن مناطها متحقق ، وهو الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ، ولا مانع من أن تثبت مع أهلية الوجوب الذمة ؛ لأنها أمر تقديرى اعتبارى ، ولا مانع فى أن تفرض فى جهات البر والخير ، كما فرضت فى الانسان ، ما دام كلاهما له حقوق ، وتلزمه التزامات ، يدفع اليها ناموس التعامل بين الناس ، ونظام التبادل الاجتماعى والاقتصادى .

§ ١٦٦ — وأهلية الوجوب تكون ناقصة ، وتكون كاملة ، فهى كاملة فى كل مولود بمجرد ولادته ، وناقصة فى الجنين ، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، ونقصها لسببين :

(أحدهما) أنه يحتمل الحياة والبقاء ، فقد يولد ميتاً ، فيكون فى حكم العدم ، ولا يثبت له شئ من الحقوق ، وقد يولد حياً فيكون له حق الانسان ،

وقد كان مع هذا الاحتمال في الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لاثبات الحقوق مطلقا ، ولكنه لما كان موجودا فعلا أو حكما ، وان لم تتحقق حياته الانسانية في ظاهر الوجود ثبت له بعض الحقوق ، ولم يكن كالانسان الحى في ظاهر الكون .

(ثانيهما) أنه يعتبر وهو في بطن أمه جزءا منها ، إذ يتحرك بحركتها ، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام ، فيعتق بعقها إن كانت أمة ، ولكنه جزء على استعداد للاتصال كاملا مستقلا بحياته ، فاعتبارا للذين الوجين ، كونه جزءا من أمه وصلاحيته للاتصال عنها ، وحياته مستقلا دونها ، أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر .

وعلى ذلك يكون الجنين في بطن أمه أهليته للوجوب ناقصة ، فلا تلزمه حقوق لغيره قط ؛ لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارة ، أو بعبارة من له الولاية عليه ، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين ، فليس له فعل يوجب عليه ضمانا أو لا يوجب ، وليس له عبارة تنشئ حقوقا ، وليس له ولى شرعى ينشئ عليه حقوقا بعبارة ، ولكن يثبت له بعض الحقوق ، فتثبت له الحقوق التى لا تحتاج فى وجودها الى قبول ، فيثبت له الميراث ، وتثبت له الوصية ، وتثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك ، ويثبت له النسب ، ولا يقبل النفي إذا حصل اقرار ، وذلك كله ؛ لأن هذه الحقوق لا تحتاج الى قبول ، أما الحقوق التى يحتاج ثبوتها إلى إيجاب وقبول ؛ فلا تثبت له ؛ لأنه لا يوجد من يتولى عنه صيغة القبول ، فلا تعتمد الهبة له ، لأنها تحتاج إلى قبول ، ولا ولى للجنين يتولى عنه القبول ؛ فلا يثبت له ذلك الحق .

فالفقه الاسلامى كما ترى لا يجعل للجنين وليا أو وصيا ، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصيا يقيمه المجلس الحسبى ، حتى لا تضيع الغلات ، ولا تفسد الأملاك التى تثبت له . والشرية تعتبر الأمين الذى

يكون تحت يده مال الجنين فأما مقام الوصى ، فلا مانع من اعتبار الوصى الذى يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذى أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث ولا تتغير الصفة بتغير المسمى ^(١) .

١٦٧ — وأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الانسان ، حتى ان وليه أو وصيه لو اشترى له شيئاً بمجرد ولادته حيا لزمه الثمن ، ووجب أدائه من ماله الخاص ، فالانسان بمجرد وجوده فى الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال ، أما التكليفات العبادية أو الاعتقادية والعقوبات ، فلا تجب عليه إلا بالبلوغ ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة على ما سنبين .

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخاصة ، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء ، وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للصبي غير المميز ، وللعجنون ومثله المعتوه غير المميز ^(٢) . فهؤلاء تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة فى الأمور المالية ، ولكن لا تثبت لهم أهلية أداء قط ، فتثبت لهم كل الحقوق المالية كاملة من غير أن يثبت حق المعاملات ، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة .

١ — وذمتهم صالحة لقبول كل الالتزامات التى تجبىء ثمرة للتصرفات

(١) الرقيق لا تثبت له ملكية الأموال ما لم يكن مكاتباً ، بل العبد وما ملكت يدها لسيده ، ولا يرث ، ولكن للرقيق حقوق غير مالية ، فله أن يتزوج باذن سيده ، وإذا تزوج فله أن يطلق ، وتارزمه نتائج أفعاله الجنائية فيقتص منه ، وإذا أثلف مالا يستوفى أولاً من كسبه ان كان كسوباً ، ثم من رقبته . ويصح الاقرار من العبد ، وإذا أقر بئال لزمه ووجب عليه الوفاء ولكن لا يؤخذ بهذا الاقرار الا بعد عتقه ، فلا يؤخذ سيده باقراره ، لأن الاقرار حجة قاصرة ، وكل هذا يدل على أن للعبد ذمة ، وأهلية وجوب ، ولكن تقصها عارض الرق وذلك لأجل حق سيده على رقبته .

(٢) الجنون مرض يمنع العقل من ادراك الأمور على وجهها ويصعبه اضطراب وهياج غالباً ، والعتة مرض يمنع الشخص من ادراك الأمور على وجهها أيضاً ، ولكن يصعبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعاً واحداً .

السرعية التى يقوم بها أولياؤهم ، ويجيزها الشارع لهم ، ويتقيدون بها ، وليس لهم اذا رشدوا أن يتخلوا من تبعاتها مادامت قد صدرت من الأولياء فى حدود ولايتهم ، وكان من شأنها أن تلزم القاصرين ، فأئمان الأعواض التى عقد عليها باسمهم تلزمهم ، وتجب فى مالهم ، ومهور الزيجات التى يعقدها لهم أولياؤهم كذلك ، وفى الجلة كل الالتزامات المالية التى تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة ، وتحل فى ذمتهم ، وتؤدى من أموالهم ، فان رشدوا قبل الوفاء وجب عليهم الوفاء ، وكذلك تلزمهم نفقة الزوجية ؛ لأنها من مقتضى العقد الذى تم باسمهم ؛ اذ النفقة من آثار عقد الزواج ، وثمرة من ثمراته ويقول فخر الاسلام البزدوى فى أصوله : ان نفقة الزوجية تلزمه ، لأن لها شبهة بالأعواض ، لأنها جزاء الاحتباس ، وعوضه . ونحن نختار مذهب الشافعى الذى يرى أن نفقة الزوجية صلة مستحقة بالعقد ، وثمرة من ثمراته^(١) ، ومن مقتضاه ، ومهما يكن توجيهها فى واجب على الصغير غير المميز ، والمجنون والمعته غير المميز .

ب — ويثبت فى ذمتهم كل ما هو من مثونة المال ، ومغارمه ، فيجب فى أموالهم الخراج والعشر ؛ لأن الخراج فى أصل شرعته مثونة لحماية الأموال والأعراض والأنفس ، والدفاع عن البلاد ، كما هو لانشاء القناطر والترع ونحو ذلك ، وكذلك العشر ، فهما مثونتان للأموال ، هذا على المسلم ، وذلك على غيره ، ويجبان فى مال هؤلاء القاصرين ، لهذا ولأن جانب المثونة فى العشر أكثر أثراً من جانب العباد . وهناك واجبات مالية تختلف فى تغليب كونها عبادة أو مثونة مالية ، فمن قال انها عبادة قال انها لا تجب على الصغير والمعته غير المميزين والمجنون ، ومن قال انها مثونة أو غلب فيها جانب المثونة قال أنها تثبت فى ذمتهم ، وتجب فى أموالهم : (١) فصدقة الفطر غلب بعض الفقهاء فيها جانب المثونة فجعلها واجبة فى أموال هؤلاء ، وغلب آخرون فيها جانب العباد ، ففزع ثبوتها فى مال هؤلاء ، فأبو حنيفة وأبو يوسف أوجباها فى مال هؤلاء القاصرين ،

(١) راجع أصول فخر الاسلام وعليه كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٣٦٠ .

تغليباً لجانب المثونة ، ومحمد وزفر لم يوجباها في أموالهم تغليباً لجانب العبادة ،
(٢) وكذلك كان موضع خلاف بين الفقهاء زكاة الأموال ، فالشافعي ومالك
وأحمد رضى الله عنهم رجحوا جانب المالية فيها ، فأوجبوها في أموال القاصرين ،
وأيدوا كلامهم ببعض الآثار ، وأبو حنيفة وأصحابه رجحوا فيها جانب العبادة ،
والقاصر غير مكلفها .

ج — وتلزمهم أيضا الصلوات التي تشبه المثونة المالية ، وهي فقة الأقارب ؛
فهذه صلة القرى ، ولكنها ليست عبادة خالصة ، بل هي مثونة مالية أوجبها
النظام الاجتماعى وأيدته الشريعة ، فالأسرة وحدة اجتماعية متعاونة متآزرة
متضافرة ، ومن واجب التآزر أن يدفع غنيها عن فقيرها غائلة الجوع ، وأن يسد
رمقه ، فكان من مثونة النفي وتكليفاته أن ينفق ذؤو اليسار من الأسرة الواحدة
على ذؤو العسرة ، وإذا كان ذلك مثونة للمال ، فهو يتبعه مهما يكن حامله ، رشيداً
أو غير رشيد ، صغيراً أو كبيراً ، مجنوناً أو عاقلاً ، وبذلك تقوم الأسرة على بنيان
من التعاون متين الدعائم .

د — النرم المالى فيلزمه أيضا ضمان ما يتلفه من أموال ، لأن ضمان المتلفات
يكون بالمال يعوض المتلف له ، وذمته صالحة لوجب كل ما هو مالى ، وليس من
قبيل العبادة ، ولأن المقصود ليس فعلا يقوم به ، بل المقصود مال يعوض المفقود
ويربح الخاسر ، فيثبت المال في ذمته ، ويؤديه عنه من ماله وليه أو وصيه .

وهكذا كل أمر مالى يكون القاصر ذمته فيه كذمة الرشيد ما دام لم يغلب
فيه جانب العبادة ، ويؤدى عنه وليه أو وصيه كل ما يثبت في ذمته ^(١) .

أهلية الأداء

§ ١٦٨ — قد بينا فيما مضى أن أهلية الأداء هي أهلية المعاملة بمعنى أن

(١) اعتمدنا في الكلام في أهلية الوجوب على شرح المنار في باب المحكوم عليه وعلى
مرآة الأصول الجزء الثانى باب المحكوم عليه أيضا وعلى كشف الأسرار على أصول غير
الاسلام الجزء الرابع ص ١٣٥٧ وما يليها ، وعلى كتاب الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل
الشيخ احمد ابراهيم بك .

يكون الشخص صالحا لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية ، وانشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات ؛ فأول أثر اذن ثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية ، بمعنى اعتبارها أسبابا منشئة للحقوق للشخص وعليه ، فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سببا لثبوت الحقوق له وعليه ، فعنده أهلية أداء ، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية ، فهو فاقد أهلية الأداء ، ولا شك أن الصبي غير المميز ، والمجنون ، وللعته غير المميز ، وهم الذين ذكرنا أن أهلية الوجوب ثابتة كاملة لهم ، هؤلاء فاقدو أهلية الأداء ؛ لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لا تصلح سببا لانشاء حقوق لهم أو لغيرهم ؛ إذ العبارة التي تنشأ بها التصرفات الشرعية هي العبارات المقصود معناها التي يفهم قائلها المراد منها في عرف الناس ، والأثر الشرعى لها في الجملة ، لا على وجه التفصيل ، فيفهم أن البيع يقتضى خروج المبيع من ملك البائع ، واستحقاقه للثمن ، ووجوب دخوله في ملك المشتري ، ووجوب الثمن عليه ، وأولئك الذين قلدوا التمييز لا يتم هذا القصد في عباراتهم ، فتكون ملغاة ، ولا تصلح سببا شرعيا لاثبات هذه الحقوق .

١٦٩٨ — وغير هؤلاء تثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، فكل مميز عنده أهلية أداء ؛ إذ مناط هذه الأهلية هو العقل ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ؛ وذلك لأن التمييز يجعل الشخص يفهم القصد من عبارته ، ويدرك ثمراتها ، فتكون عبارته صالحة لانشاء الحقوق له أو عليه ، ولقد جعلوا حد التمييز أن يكون الشخص عارفا لمعاني الألفاظ الدالة على المقود ، فيفهم مثلا أن البيع سالب ، والشراء موجب بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع ، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري ، ولا يتصور التمييز ممن دون السابعة وأهلية الأداء تكون كاملة وناقصة تبعا لكمال العقل ونقصانه .

فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان حراً في التصرف في أمواله يتصرف فيها بالطرق الشرعية التي يراها غير مقيد بأى قيد ، لأن العقل والرشد كافيان

لتقييد تصرفاته بالمصالح ، فالفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفا إلا عن روية وتفكير وتقدير وتدبر ، وهو أدري بما فيه مصلحته ، وليس ثمة مانع يمنعه إلا حق غيره في الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة ، كما يستمتع هو .

أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ، ولكن لم يكن عنده كمال العقل ، إما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها اشارة لكمال العقل ، وإما لنقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز ، وإما لأن العقل قد كل ، والسن قد بلغت حدودها ، ولكن في تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره للمالي ، والأول هو الصبي المميز ، والثاني هو المعتوه المميز ، والثالث السفهه ويلحق به ذو الغفلة ، فؤلاء جميعا ناقصو الأهلية ؛ لأن أصل التمييز عندهم ، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير ، ولنتكلم عن كل واحد بكلمة موضحة له ، ثم لنبين أحكامهم بجملة ^(١) .

١٧٠ — الصبي المميز — وهو الذى بلغ سنا أصبح يميز فيها بين معانى ألفاظ العقود فى الجملة ، ويعرف المراد منها عرفا ، ولا يتصور التمييز فى سن دون السابعة ، فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز مادام لم يعرف معانى العقود ، ومقتضياتها فى عرف الناس وبالأجمال ، هذا هو حد التمييز الأدنى . أما نهاية الصبا ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنها ببلوغ الحلم ، غير أن دفع الأموال وأهلية الأداء الكاملة لا تتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء ، بل ان الأهلية تتم بأمرين ، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النكاح ، والرشد ، وذلك هو مدلول قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم أموالهم » فدفع المال ، أو أهلية الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما : وهما بلوغ النكاح ، وإنباس الرشد ، فما لم يتوافرا معا ، لا يعطى الصبي ماله ، بل لقد ذهب سعيد بن جبير والشعبي والضحاك الى أنه يعتبر يتيما ما لم يؤنس رشده ، فقد جاء فى تفسير القرطبي « قال سعيد بن جبير والشعبي : ان

(١) تفسير القرطبي الجزء الخامس ص ٣٧ .

الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتيم ماله ، وإن كان شيخا ، حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : « لا يعطى اليتيم ، وإن بلغ مائة سنة ، حتى يعلم منه اصلاح ماله » .

وإذا لم يكن حلم كان البلوغ ببلوغ خمس عشرة سنة للجارية والغلام عند أكثر الفقهاء ومنهم صاحباً أبي حنيفة ، وعند أبي حنيفة ببلوغ سبع عشرة سنة للجارية وثماني عشرة للغلام . وعند مالك يبلغ بسبع عشرة سنة من لم تكن عنده إحدى إمارات البلوغ .

هذا موجز في حقيقة البلوغ واختلاف العلماء فيه ، أما الرشد فالتبعية لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبير الأمور المالية ، واستغلال الأموال استغلالاً حسناً ، فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال . وإذا كان الرشد هو القدرة على تنمية الأموال واستغلالها ، وحسن القيام عليها ، وتدبير شئونها فهو لا بد أن يختلف باختلاف تعقد الحياة ، وتشعب مسائلها ، واختلاف طرائقها ، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة يسيرة لم تتسع الحاجات فيها ، ولم تشعب أبواب الرزق ، ولم تختلف مناهجها — سهل على الشخص تدبير ماله . فإذا كان ماله أرضاً زراعية ، كان القيام عليها بجرثها والقاء البذر ، ورجاء الثمار من الرب ، فتجود عليه السماء بالقيث ، أو الأنهار بالجدوى ، حتى إذا انحصر عنها الماء قليلاً بذر بذره ، ورجا من العناية ثمره ، وهكذا تسود السهولة كل أسباب الرزق ، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده في الخامسة عشرة أو قبلها أو بعدها بقليل . أما إذا كانت الحياة متسعة الأفق ، عريضة الجوانب ، متشعبة المسالك ، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابكة ، لا يدركها الفتى إلا بعد نضج ودراسة ، كان لا بد إذن أن تتأخر سن الرشد ، وأن تتباعد عن سن البلوغ . وإذا كانت الأهلية الكاملة لا تتم إلا بمنصرين البلوغ والرشد ، وقد حكمنا بتأخر الرشد عند ما تتعقد مناهج الحياة ، وأسباب الرزق ، فلا بد إذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتى ناقص الأهلية أمداً غير قصير ، حتى يرشد ، ويستحق أن يدفع ماله إليه ، وهو في هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر ؛ ليستفيد

من تجارب الحياة ، ويعلم القوام عليه مقدار ما وصل اليه من علم بها وبشئون المال .
ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب ، فلم يعينوا للرشد
سنا خاصة وإن عينوا للبلوغ سنا ، نعم ان أبا حنيفة جعل نهاية لسن الحجر
ونقص الأهلية ، وهي خمس وعشرون سنة ، ولكن وجهة نظره في ذلك لم تكن
تعيين سن رشد ؛ بل لأنه يرى هو وزفر والنخعي أنه لا يصح أن يحجر على الحر
البالغ اذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين ، ولو كان أفسق الفساق ،
وأشدهم تبذيرا لماله ، ما دام عاقلا ليست عنده لثة جنون ، ولا اختلاط عته ،
ولكن جمهور الفقهاء خالفوه ، وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ
رشد ، ويستطيع القيام على ماله وتديره وتثميته^(١) .

١٧١ — ولقد نهجت القوانين الحديثة منهج الشريعة في أنها اعتبرت بلوغ
الرشد هو المناط لكمال الأهلية وما دام الرشد لم يتوافر فالشخص ناقص الأهلية ،
ولقد جاء في شرح القانون المدني للمرحوم احمد فتحى زغول باشا نبذة قيمة في
هذا المقام هذا نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية^(٢) ويبقى كذلك الى أن يبلغ
سن التمييز ، ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وملكوته لا يزالان
غضيين ، فلا يقوى على تقدير الأفعال التي تصدر عنه ، أو يتعمد فعلها تقديرا
صحيحا ، ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون
له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على ادارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة
لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلافا
كبيرا ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن في المعاملات والحاجة الى وضع حد
تنتهى اليه حال الانسان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل
ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، ويتم له
الأهلية . والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة
للائشى ، وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون في البداية ، مذ كانت الأمة

(١) سنين الخلاف في ذلك عند الكلام على السفه .

(٢) يقصد أهلية الأداء .

في نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق ، قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العناية كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الانسان ، وامتدت أطاعه الى أبعد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ظهرت مضار التعميل باقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها فجعله خمسا وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة ^(١) .

وقد كان القانون المصري يسير على اعتبار سن كمال الأهلية ثمانى عشرة ، ولكن لوحظ أن الفتى أو الفتاة في هذه السن يكون غرا غير عالم بشئون الدنيا وإدارة الأموال ؛ لأنه يكون لا يزال عاكفا على تلقى دروسه ، منقطعا عن ادارة أمواله ، غير متفرغ لها ، فرفعت السن إلى احدى وعشرين على حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون خاصا برفع سن الرشد ما نصه : « ومن التعديلات المهمة التى أدخلها المشروع رفع السن التى تنتهى فيها الولاية والوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى احدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت اليه التجربة ؛ فان الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحدودة الآن بلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة ، فان غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلى الخبرة بالحياة العملية . أضف إلى ذلك ما يحيط بالشباب الصغير من دواعى الاغراء بالاسراف والتبذير ، وقد شوهد فى كثير من الأحوال أن شبانا رفعت عنهم الوصاية ، وسلعت اليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاما ، فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن ؛ ولهذا رأيت الوزارة رفع

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ ، ورسالة عوارض الأهلية للأستاذ احمد ابراهيم بك ،

السن التي تنتهي ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى احدى وعشرين .
ولقد أخذ هذا القانون الجديد بمبدأ اختبار القاصر في وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة ، وهو مبدأ القرآن الكريم ؛ إذ يقول تبارك وتعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » فلقد نص ذلك القانون على أن القاصر متى بلغ ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف في ماله جاز للوصى أن يسلم أمواله ليتولى بعض ادارتها ، فيكون له قبض دخله ، والتصرف فيه ، والتساجر لمدة سنة أو أقل ، وزراعة أرضه ، والقيام بما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ، ويعتبر راشدا في هذه التصرفات قاصرا في غيرها ، فإذا أساء التصرف فيها أعطيه منه منع من كل تصرف وليس له أن يطلب الإذن بالتصرف قبل مضى سنة من تاريخ المنع ^(١) .

§ ١٧٢ — وخلاصة القول ، أن الصبي المميز ناقص الأهلية ، والحد الأدنى للتمييز سبع سنوات ، والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة ؛ فإن لم تتحقق تلك الأمارات ، فبالسن ، ولم تجعل الشريعة مطلق البلوغ سببا في كمال أهلية الأداء بل أهليته لاتكفل في الشريعة إلا بالسن وابتناس الرشد ، ولم يعين الفقهاء سنا لابتناس الرشد ، ولكن القوانين الحديثة عيّنت سنا فخالفت الشريعة في ذلك ، ولكن لم تتجاف عن معناها ومرماها .

١٧٣ — المصنف : السفينة ^(٢) هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله ،

(١) راجع المواد ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ من قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ .

(٢) جاء في تفسير القرطبي السفينة المهلهل الرأى في المال الذى لا يحسن الأخذ لنفسه ، ولا الاعطاء منها ، شبه بالثوب السفينة ، وهو الخفيف النسيج ، والبدن الذى لا يمسى سفينة ؛ ولا تكاد تنفق البذاءة الا في جبال الناس ، وأصحاب العقول الخفيفة ، والعرب تطلق السفينة على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى ، قال الشاعر :

تخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم
وقال ذو الرمة :

مشين كما اهتزت رياح تسفحت أعاليها من الرياح النواصم
فكانه يجهل السفينة الضعفى اما مأخوذ من الثوب السفينة بمعنى المهلهل ، واما من الضعف في العقل ، والحقه فيه .

فينفق في غير مواضع الاتفاق والحجر على السفية موضع خلاف كبير بين العلماء ، وقد تضاربت فيه أقوالهم ، وللسفية حالان : أحدهما أن يبلغ الشخص سفياً ، وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله ، بل يمنع منه عملاً بقوله تعالى : « ولا توتوا السفهاء أموالكم » ولكن اختلفوا في موضعين في هذه الحال (أحدهما) أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع اليه ، ويمنع من كل التصرفات القولية ، فليس له أن يقر بحق لغيره ، ولا أن يبيع ولا أن يشتري ، ولكن روى عن أبي حنيفة أنه يقول ان ماله لا يسلم اليه ، ولكن عقوده ، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء ، لأن أهليته تكمل بمجرد البلوغ عنده ، ومنع المال لكيلا يتمكن من تنفيذ تصرفاته التي تسوء عقباها ، ولأن المنع وحده تأديب وزجر ، وفيه الكفاية » ولكن روى أيضاً عن أبي حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفياً استمر الحجر عليه ، فنع من ماله ، ولا تنفذ تصرفاته فيه وذلك هو الراجح . (الموضع الثاني) أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفياً استمر الحجر عليه ، حتى يرشد ، فلم يرشد لا يمنع الحجر عنه ، ويستمر ناقص الأهلية ، ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية هو نقص العقل ، وعدم القدرة على إدارة شئونه المالية ، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو أحدهما فالحجر مستمر ، لبقاء علته وداعيه ، وقال أبو حنيفة ان الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله ، ولو كان سفياً مادام عاقلاً ، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب ، ورحم الله أبا حنيفة ، فقد روى عنه أنه قال : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً فأنا أستحي أن أحجر عليه » ، وفي الحق ان الأصل عند أبي حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلاً كملت أهليته ، ولكن ان كان سفياً لا يسلم اليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا ، وغرارة الشباب الباكر ، فنع من ماله تأديباً وتربية ، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للتربية ، فليسلم اليه ماله ، وليقبض الله أمرأ كان مغمولاً ، ويؤيد فكرة أبي حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء

الأخلاق من أن العادات النفسية والحلقية تكون في دور التكون ، وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين ، وأكثر مرونة قبل العشرين ، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات ، وتتخذ لها مجارى في النفس ، ويصعب جد الصعوبة تغييرها ، فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبذر لماله ، متلف له ، فعسى أن يكون التأديب مغيراً لتلك العادة المرنة ، ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها ، فليترك حبله على غاربه .

١٧٤ — هذه حال السفه الأولى ، وهى بلوغ الشخص سفيها . أما الحال الثانية فهى بلوغه رشيدا ، ثم سفيه بعد ذلك ، والحجر فيها موضع خلاف بين العلماء أيضا فمن العلماء ، وهم الأكثرون أيضا من قال : انه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة ، ومن الفقهاء من قال انه لا يحجر عليه بحال من الأحوال ، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله في فقه هذه المسألة ، ومعه زفر بن الهذيل ، وبعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى .

وترى من هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفيه واعتبره كامل الأهلية ، سواء أعرض له السفه بعد بلوغه رشيدا ، أم بلغ سفيها على النحو الذى علمته في الحال الأولى ، فالأصل عنده أن السفه ليس سببا في نقص الأهلية ، وقد استدلل لمذهبه هذا بما يأتى :

١ — عموم القرآن الكريم في آياته الخاصة بالعقود ، من مثل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ومن مثل : « وأوفوا بالعهد؛ إن العهد كان مسئولا » ومن مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وغير ذلك مما ورد في آى الله تعالى حثا على الوفاء بكل التزامات العقود ، ومثل ذلك ما ورد في الحديث من الأمر بالاهداء والصدقات والهبات من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » ففي كل هذه الآيات والأحاديث الخطاب عام لكل المسلمين ، ولا شك أن المبشرين والسفهاء داخلون في عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين ،

فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم ، وعدم النكث في عهودهم ، سواء أ كانت هبات وهدايا ، أم عقود مبادلة ما دام قد تحقق مناط العقود المالية ، وهو التراضى ، ففى تحقق فقد وجب الوفاء بالعهد ؛ فلو قلنا بعد هذا ان المبذر لماله بعض عقوده باطل وبعض عقوده غير نافذ فمعنى ذلك أن الوفاء بها غير مطلوب ، ويكون ذلك تخصيصا من عموم الأمر بالوفاء ، ولا يصح أن يكون تخصيص تلك النصوص الصريحة القاطعة في دلالتها إلا بمثلها مما هو قطعى في دلالاته ، ونسبته الى الشارع الاسلامى ؛ فالأمر لا يمكن كذلك لا يصلح مخصصا ، ولم يرق من النصوص القرآنية ما هو قاطع في دلالاته أو من الأحاديث ما هو صحيح لا ريب في نسبته ، وأذن فكل عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها ، فلا يصح الحجر عليه ، وأهليته كاملة .

ب — روى قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع ، وفى عقده ضعف ، فأتى به أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يابني الله احجر على فلان ؛ فانه يبتاع ، وفى عقده ضعف ، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم ، فنهاه عن البيع ، فقال يابني الله انى لا أصبر عن البيع . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان بعت قتلها ، وهما ، ولا خلافة ، ولك الخيار ثلاثا . وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت قتل لا خلافة فذل هذا على أن الرجل الذى يبيع في البياعات ، وهو من نوع السفهاء بلا زيب لا يمنع من التصرف في ماله ، ولو كان يمنع لأجاب النبي صلى الله عليه وسلم أهل الرجل الى ما طلبوا ، ولكنه لم يجبه ، بل طلب إلى الرجل أن يمتنع بخساراً عن البيع ، ويسترد بغيره ، فلما بين له عدم استطاعته ذلك أرشد الى أنه يشترط لنفسه خيار ثلاثة أيام ، يتروى فيها ويتدبر ، ويراجع من يشاورهم في أمره ، ولو كان جزء الغبن ، والخدع في البياعات وهى من السفه أو الغفلة — المنع وتقصان الأهلية لمنعه النبي صلى الله عليه وسلم من التصرفات بعد أن ثبت الوصف الموجب للمنع والحجر ، ولكنه لم يفعل ، فذل ذلك على أن السفه أو الغفلة كلاهما لا يؤجبان تقصان أهلية ولا حجرا من التصرفات .

ح — ان الشخص ببلوغه عاقلا سفيها أو غير سفيه قد بلغ حد الانسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها ، فأى منع له من التصرف أذى لانسانيته ، وإهدار لآدميته ، فمن الكرامة التى يستحقها الانسان بمقتضى كونه انسانا أن يكون مستقلا فى أمواله وإدارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ، ويتحمل مغبة تصرفاته السيئة ، وبالكبوة والهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحرج عليه ، فإن الحرج فى ذاته أذى لا يعده له لأذى للحر الكريم ، اذ لا شىء ألم للنفس والروح من اهدار الأقوال ، وتقريب الانسانية من مرتبة البهائم التى تنعق بما لاتعقل ، فلتذهب كل أمواله إسرافاً وبداراً ، ولكن لتبقى له نفسه ، ولتبقى له آدميته فالمال غاد ورأى ، وأما جروح النفس فليس لها التثام . ولقد عهدنا من الشارح الاسلامى أنه يحترم الكرامة الانسانية ، فالله يقول : « ولقد كرمتنا بنى آدم فى البر والبحر ، ورزقناهم من الطيبات ^(١) » ولا يصح أيضاً لأحد أن يقول : ان مصلحة الجماعة فى الحرج على سفهائها فى الأموال ، لأن من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استغلالها بدل أن تبقى آسنة فى أيدى من لا يحسنون القيام عليها ، ويقام غيرهم لحراستها وصيانتها فقط ، ان من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال من الأيدى الخاملة الى الأيدى العاملة ، لكى يمكن ابن الانسان أن يكشف عن كل مافى الأرض من كنوز ، ويستدرأ أكثر مافى هذا العالم من خيرات ، فاذا وصل المال الى يد رعاء لم تستطع امساكه ، فلتترك لتلقه يد أخرى تستطيع المحافظة عليه واستغلاله ، فنع السفهاء من التصرفات

(١) يوفق الجصاص بين قول أبى حنيفة بعدم الحرج على السفيه ، وقوله تعالى : « ولا تبذر تبذيراً » بأن الآية فى ذم التبذير والنهى عنه ، وليس كل فعل مذموم أو منهى عنه مقتضياً للحرج والمنع ، فالانسان منهى عن ترك زرعه وشجره من غير سقى ، وترك دوره وعقاره من غير تعمير ، فلو أنه ترك زرعه وغرسه من غير ماء ، ودوره بأكلها الخراب ما أجره أحد على ذلك ، وما حرج عليه لأجلها ، فالنهى والنهي والذم شىء ، والحرج شىء آخر ، ولا يصح أن يرتب أحدهما على الآخر من غير دليل .

ليس فيه اذن مصلحة للناس ، ولا مصلحة للسفهاء أنفسهم ، إذ هو أذى لانسانيتهم
وإذا كان أبو حنيفة قد استحيا أن يحجر على ابن الخامسة والعشرين ، فذلك
دليل على مقدار علو شأن الانسانية في نظره رحمه الله .

د — أن السفهية غير محجور من عقد الزواج بأجر المثل ، وغير محجور من
الطلاق ، وذلك رأى من يحجر عليه في الأمور المالية ، وهو كلام غير منطقي ، كيف
يكون حرا في الزواج والطلاق والعناق ، ويكون مقيدا في الأموال ، إن الزواج
أخطر شأنًا ، ويحتاج الى رأى ، وهو يتصل بحياة الانسان فيسقيها أو يسعدها ،
فكان أخرى بالمنع ، فإذا نفذ باتفاق الفقهاء فبالأولى العقود المالية تنفذ ؛ لأن
خطرها أقل ، وشأنها عند الله والناس أهون ، وسوء المغبة فيها أقل من سوء المغبة في
الزواج ان لم يحسن التصرف فيها . ثم ان جواز الزواج والطلاق دليل على كمال
الأهلية ، وصلاحيية العبارة للعقود ، والالتزامات من غير توقف على ارادة أحد ،
فلا وجه اذن للمنع في المال ، بل ليس من المنطق ، ولا من الفقه أن ينفذ عقده في
الزواج ، ولا ينفذ كلامه في عقد اجارة حانوت أو ما يشبهه ؛ ان ذلك لعمري في
القياس غريب (١) .

١٧٥ — هذه أدلة أبي حنيفة ومن رأى رأيه في عدم جواز الحجر على
السفيه ، وأن العاقل البالغ ليس لأحد عليه ولاية خاصة . أما أدلة الفقهاء الذين
أجازوا الحجر على السفهية فنتلخص فيما يلي :

١ — قوله تعالى : « ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما
وارزقوهم فيها واكسوهم ، وقولوا لهم قولا معروفا » وقوله تعالى : « فان كان الذي
عليه الحق سفيفاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو ، فليملل وليه بالعدل » فدلّت
الآية الأولى على أن السفهية لا يسلم اليه ماله ، بل ليس له من التصرف في ماله الا أن

(١) مما استدلل به لأبي حنيفة أيضا أن اقرار السفهية بما يوجب حداً أو قصاصاً جائز ،
ويحد ويقتض منه بمقتضى هذا الاقرار ، فكيف يسوغ اقراره ، وينفذ عليه الحد الذي يسقط
بالشبهات بهذا الاقرار ومع ذلك لا يؤخذ باقراره بماله ، وهو أهون شأنًا وأقل خطراً ، ولا
يسقط بالشبهة ، هذا غير منطقي .

يرزق ويكسى ، أما وسائل التنمية والحفظ والصيانة فليست له ، ولكن لغيره ، وتأيد هذا المعنى بالآية الثانية ، لأنها فرضت أن للسفيه ولياً هو الذى يتولى انشاء صيغة عقد المدابنة واملاءه عند الكتابة . ولو كان للسفيه أن يتصرف فى أمواله تصرف الراشدين ما كان له ولى يتولى عنه ، وما أمر الله وليه أن يتولى الأملاك بقوله فليمل وليه بالعدل » وإذا كان السفيه لا يعطى ماله ، ولا يتصرف فيه ، وله ولى فهو ناقص الأهلية ، ومحجور عليه .

ب — ماروى من أن عبد الله بن جعفر بن أبى طالب أتى الزبير بن العوام ، فقال انى ابتمت بيعا ، ثم أن عليا يريد أن يحجر على ، فقال الزبير فانى شريكك فى البيع ، فأتى على عثمان بن عفان فسأله أن يحجر على ابن أخيه عبد الله بن جعفر فقال الزبير أنا شريكك فى البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ! فدل هذا على أن الحجر على السفيه قضية معروفة عند الصحابة ، وهى من الشريعة ، والا ما طلبها على لابن أخيه ، وهو من نعلم علما وقتها وتقى ، ولم يستنكر أحد من الصحابة طلبه ، فلم ينكره الزبير ، ولم ينكره عثمان ، وان كان كلاهما قد رأى أن عبد الله لا يستحق حجرا ^(١) .

وروى أيضا أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت بعض رباها ، فقال لتنتهين وإلا حجرت عليها ، فقالت لله على أن لا أكله أبداً ، فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا الحجر ، وعائشة مكانها من العلم والفتيا مكانها ^(٢) .

ج — أن مصلحة السفيه المالية فى منعه ، فان ترك وشأنه ضاع ماله ، وكان كلا على الناس ، وأن سبب الحجر فيه متحقق ، فان السبب فى الحجر على الصغير

(١) رد أبو حنيفة هذا بأن المراد من السفهاء فى الآية الأولى الصغار ؛ لأن آل للعبد الذكرى ، والذكور هم اليتامى ، فهم الصبيان وكذلك المراد بالسفهاء فى الثانية . ولا دليل يبين أنهم المذنبون .

(٢) لو سلم كل ما يدل عليه الأثران ما تجاوز أنه رأى صحابى ، ورأى الصحابى فيها للرأى فيه مجال ليس بحجة .

الخشية من ضياع ماله ، وضياع المال في السفية أوضح ، لأن تذييره ^(١) محقق لاريب فيه ، وإذا كان سبب الحجر ذلك وهو متحقق فيه ، فلا بد أن يتحقق أثره ، وهو الحجر بالفعل . هذا ومن مصلحة الناس أن يحجر على سفهائهم ، لأنهم لن أضاعوا أموالهم كانوا عالة على الجماعة تطعمهم وتكسوم ، أو يعيشون فيها فساداً ، ولا يتركون عامراً إلا خربوه ، ولا قائماً إلا هدموه .

١٧٦ — هذه أدلة الفريقين ، ونرجو أن نكون قد حكيناها على وجهها ، وقد اختلف محمد وأبو يوسف في ابتداء الحجر على السفية أمن وقت تحقق وصف السفه ، أم من وقت حكم القاضي به ؟ قال الأول محمد وقال الثاني أبو يوسف ^(٢) ، فالحجر عند محمد يبتدىء من وقت اسرافه في أمواله وتبذيره فيها ، وكل تصرف مالى من وقت تحقق وصف السفه عرضة للإبطال ، إذ قد صدر باطلاً ، ولو لم يحكم القاضي بالسفه ، أما عند أبي يوسف فالحجر يبتدىء من وقت الحكم ، وكل تصرف قبله هو سائغ نافذ لا مجال للطعن فيه . وقد استدلل محمد لرايه بأن علة الحجر هى السفه والتبذير في ماله ، فحيثما وجدت العلة وجد معها ما كانت علة في وجوده ، فلا حاجة إذن الى قضاء القاضي ، لأن القضاء ليس هو السبب ، ولا شرطاً في السبب ، ومن جهة ثانية فالحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر والمنع من التصرفات ، ولو كان مع العته تمييز .

(١) يخرج رأى أبى حنيفة في الأهلية على أن العلة في نقصان أهلية الأداء عند الصغير هو العجز بسبب الصبا ، وذلك لا يتحقق في السفية ؛ إذ هو ليس بماجز .

(٢) رأى مالك والشافعى كآبى يوسف فقد جاء في أحكام القرآن للقرطبي ما نصه : « اختلف العلماء في أفعال السفية قبل الحجر فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم : ان فعل السفية وأمره كله جائز ، حتى يضرب الامام على يده . وهو قول الشافعى وأبى يوسف . وقال ابن قاسم أفعاله غير جائزة ، وإن لم يضرب الامام على يده . وقال اصيب ان كان ظاهر السفه فأفعاله مردودة ، وإن كان غير ظاهر السفه ، فلا ترد أفعاله ، حتى يحجر عليه الامام . واحتج سحنون لقول مالك بأن قال : « لو كانت أفعال السفية مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان أن يحجر على أحد . وحجة ابن القاسم ما رواه البخارى من حديث جابر أن رجلاً أعفق عبداً ليس له مال غيره ، فردّه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن حجر عليه قبل ذلك » .

وقد ثبت الحجر على المعنوه بمجرد وجود المعن ، فيثبت الحجر على السفينة بمجرد وجود السفينة بذلك القياس الذى استوفى شروطه ، والجامع بينهما أن الحجر لمعنى فى نفس المحجور عليه ، لا لشيء خارج ، ففى تحقق ذلك المعنى تحقق الحجر .

ووجهة نظر أبى يوسف أن الحجر على السفينة أمر يحتاج الى نظر ، واستدلال وترجيح بين أمور متعارضة ، وذلك أن فى المسألة ضررين ، كلاهما محقق ثابت بلا ريب فى وجوده ، (أحدهما) ضرر الحجر واهدار الحرية وعدم اعتبار بعض تصرفاته وعقوده ، وذلك نقص فى آدميته ، وثانيهما ضرر السرف والتبذير ، والقاء للمال ذات اليمين وذات الشمال من غير هدى ، فكان لابد من الموازنة بين الضررين ، وترجيح أحدهما على الآخر بنظر غير متحيز ، لا يحابى ولا يداخى ، وذلك يكون بالقضاء الذى يكون فيصلا بين حالين حال الاطلاق وحال التقيد ، ومرجحا لأحد الضررين ، وإحدى المصلحتين ، وأيضا فان حقيقة السفينة غير محسوسة لا يختلف فيها العقلاء ، بل ان السفينة أمر تقدرى اعتبارى ، يختلف العقلاء الراشدون حوله ، فقد يرى بعض العقلاء تصرفا ، فيحكم بأنه سفينة وتبذير ، ويراها عقلاء آخرون فيحكمون بأنه حكمة وتبذير ، فكان هذا الاختلاف بين الناس فى حقيقة السفينة داعيا لأن نحتاج الى مرجح لأحد النظريتين على الآخر ، ولأحد التقديريتين ، وذلك يكون بالقضاء العادل .

واننا لو قرنا أن الحجر يبتدىء من وقت ثبوته ، وعدنا بالنقض على كل تصرف حصل من وقت حدوث السفينة ، لكان فى ذلك ضرر محقق بكثير من الناس عاملوه قبل أن تثبت لهم حقيقة أمره ، وخصوصا أن سفينة السفينة لا يثبت بتصرف واحد ، بل بعدة تصرفات يتبين من مجموعها سفينة ، فلا يثبت السفينة بتصرف فردى يثبت فيه سوء تقديره ، وقد يكون أول النادمين عليه ، فاذا جعلنا وجود السفينة كافيا للحكم ، فسيقع ضرر بلا ريب على كثيرين ممن عاملوه على اعتبار أنه كامل الأهلية رشيد ، فلا بد اذن من أمارة شاهدة معاملة بسفينة ليكون الناس

على بيئته من أمره ، وذلك يكون بحكم القضاء وإعلامه .
ثم إن الحجر بسبب السفه أمر مختلف فيه بين العلماء ، من حيث إقراره
وعلم إقراره ، فأبو حنيفة كما علمت لا يقره ولا يسيغه ، فكان من الفقه وتحققا
للعدالة ألا يكون حجر في مسألة إلا بعد قضاء القاضي ، ليكون قضاؤه ترجيحاً
لأحد القولين ، وأخذوا بأحد الرأيين على بيئته وهدى ، ونظرا إلى مصلحة الناس
في كل مسألة يشملها ذلك الخلاف .

١٧٧ — ويشبه السفه في الخلاف والأحكام ذو الغفلة وهو الذي لا يهتدى
إلى التصرفات الراجحة فيبين في المعاوضات لسهولة خدعه ، وأبو حنيفة لا يحجر
عليه جريا على أصله ، وأخذوا بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل إلا إذا
عرض له ما آف عقله ، فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفعا لضرر العجز ،
أما مذهب صاحبين والشافعي ومالك وأحمد فالحجر عليه صيانة للماله ، ونظرا له ،
وحديث منقذ بن حبان الذي كان يغبن في البياعات حجة في هذا الباب ، وفي
الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفه في تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء
التدبير ، وإتلاف الأموال ، وإن كان السفه يقصد إلى الاتلاف بسبب سوء رأيه ،
وعدم بعد نظره ، وذو الغفلة لا يقصد إلى الاتلاف ، ولكن سوء الرأي كان سببا
في التلف والضياع ، ولذلك تشابهت أحكامهما ، ولو عدتهما باحث نوعا واحداً
ما جافى الصواب وما بعدد عن التحقيق ، فهما في الحكم سواء ، وفي المعنى
متقاربان جداً .

وقد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف^(١) ، ولعله المراد من الضعيف في قوله

(١) جاء في تفسير القرطبي في تفسير هذه الآية : « الضعيف هو المدخول العقل —
الناقص الفطنة — العاجز عن الاملاء » . وهذا التفسير يشمل المعتوه ، وذا الغفلة . وقد جاء
في القرطبي في هذا الموضوع أيضا « اختلف العلماء فيمن يندفع في البيوع لقلته خبرته ، وضعفه
فهو يحجر عليه ؟ فقال بالحجر عليه أحمد واسحق ، وقال آخرون لا يحجر عليه ، والقولان
في المذهب (مذهب مالك) والصحيح الأول ، لهذه الآية ، ولقولهم في الحديث . . « يا بني
الله احجر على فلان » يقصد بالحديث حديث منقذ بن حبان الذي ذكرناه في التنبؤ رقم ٥٧ .
وقد سبق دليلا لأبي حنيفة في عدم الحجر على السفه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجر
إلى الحجر .

تعالى « وان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يعمل هو فإيمل وليه بالعدل » .

١٧٨ — ومن قاصرة الأهلية المعتوه ، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل ، فان الذى أصيب فى عقله ان كان مغلوبا بحيث لا يعقل قط كان فاقدا الأهلية ، وهو المجنون عند الإطلاق ، وان كان يعقل بعض الأمور ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام اللغويين المختلطين كان معتوها ، فالمعتوه على هذا لا يكون إلاميزا^(١) ، لأنه ان كان غير مميز بل كان مغلوبا لا يميز شيئا ما كان معتوها ، بل يكون مجنونا . ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العته قسم مقابل المجنون ، فالعته عندها أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ؛ فان كان لا يصحبه تمييز فالمعتوه فاقدا الأهلية كالمجنون ، وان كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبي المميز ، وربما كان من كلام الزيلعى ما يفيد هذا . ولكن أكثر الكتب تسير على غيره ، فتفرض أن المعتوه لا يكون إلاميزا فان فقد التمييز فهو مجنون على ما بينا ، وهذا اختلاف فى التعبير ، وليس بخلاف فى التفكير ، فلا تغير به الأحكام ، ومهما يكن من شيء فالمعتوه المميز كالصغير المميز فى كل الأحكام ، وهو قاصر الأهلية ، بالنسبة للأداء .

١٧٩ § — ومما تقدم كله يستخلص أن قاصرة الأهلية هم الصبي المميز ، والمعتوه المميز ، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيها ، وان نقص أهلية الأداء لا يمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة ، فيثبت كل الحقوق التى أثبتناها للصبي غير المميز والمجنون ، ويتولى المعاملة بها الولى أو الوصى ، وكذلك لا يثبت من الواجبات على قاصرة الأهلية الا ما يثبت على الصبي غير المميز والمجنون ، فلا يثبت عليهم الا المغارم المالية الخالصة ، أو ما كان فيه المال غالبا على ناحية العبادة ، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات . بيد أن السفيه وذو الغفلة يعتبران من هذه الناحية كالملى الأهلية فيجب عليهم كل التكليفات الشرعية من عبادات وغيرها ،

(١) هذا ما تسير عليه الهداية ، وكال الدين بن الهمام ، وغير الاسلام البزدوى وغيره .

وتلزمهم العقوبات كاملة ، لأنهم مؤخذون مكلفون كل التكليف ، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها ، أما الحجر عليهم فلمنعهم من اتفاق أموالهم في غير وجوها ، حفظا لهم ، وصيانة لأموال المسلمين من أن تذهب اسرافا وبدارا ، أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرما ماليا أم مئونة للعمال أم صلة قربي أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم ، فهم مطالبون به ، لأن التكليف يوجب كل ذلك ، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز ، فقد سقط عنهم التكليف ، فلا يطالبون بما هو عبادة ^(١) .

§ ١٨٠ — أما أهلية الأداء فهي موضع النقص ، وموضع التفصيل ، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء ، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله ، وللائمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام ، فأبو حنيفة يرى أن ناقص الأهلية أهل لحكم التصرفات ، إذ يتولاهما الولي ، وتلزمه آثارها ، وهو بما عنده من عقل ، وإن لم يكن كاملا أهل لمباشرة التصرفات ، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذي ينشأ

(١) الصبي المميز غير مكلف بالعبادة باتفاق الفقهاء ، أما المعتوه المميز فقد اختلف في سقوط المبادات عنه ، وقد بين ذلك الاختلاف صاحب كشف الأسرار ، فقال : « يوضع عن المعتوه الخطاب (أى التكليف) كما يوضع عن الصبي ، فلا تجب عليه المبادات ، ولا تثبت في حقه العقوبات ، كما في حق الصبي ، وهو اختيار عامة المتأخرين . وذكر القاضي أبو زيد رحمه الله في التوقيم أن حكم المته حكم الصبا إلا في حق المبادات ، فإنا لم نسقط الوجوب احتياطا في وقت الخطاب ، وهو البلوغ بخلاف الصبا ؛ لأنه وقت سقوط الخطاب . وذكر صدر الإسلام مشيرا إلى هذا القول رادا عليه قائلا : إن بعض أصحابنا ظنوا أن المته غير ملحق بالصبا ، بل هو ملحق بالمرء ، حتى لا يمتنع وجوب المبادات ، وليس كما ظنوا ، بل المته نوع جنون ، فينعى وجوب أداء الحقوق جميعا ؛ إذ المعتوه لا يقف على عواقب الأمور ، كصبي ظهر فيه قليل عقل ، وتحقيقه أن نقصان العقل لا أثر في سقوط الخطاب عن الصبي كما أثر عدمه في حقه أثر في سقوط الخطاب بعد البلوغ أيضا ، كما أثر عدمه في سقوطه بأن صار مجنونا ؛ لأنه لا أثر للبلوغ إلا في كمال العقل ، فإذا لم يحصل الكمال بحدوث هذه الآفة كان البلوغ وعدمه سواء » اهـ . وإذا كان سقوط المبادات موضع خلاف عن المعتوه ، فيصح اذ أن نقول إن من الأقوال من يجعل المعتوه كالصبي وذو الغفلة بالنسبة للواجبات التي تثبت في الذمة ؛ لأنه لا فرق إلا في المبادات . وقد سقط ذلك الفرق عند بعض الفقهاء .

بالتصرف ، وصلاحيية عبارته لأن تنعقد بها التصرفات ، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأى ولى أو وصى ، ولكن لوحظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره ، وكال عقله ، فروى ضم رأى الولى اليه ، فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لا يباشره مما تكون فيه مصلحته ، وقد انبنى على هذا النظر أن الصبي المميز ان باع بغبن فاحش وأجازته الولى أو الصبي نفذ البيع مع أن الولى لو باشره منفردا ماجاز ، لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبي إذا تولى التصرف ما تولاه بأناية من وليه ، بل تولاه بولايته الخاصة ، فلما انضم اليه رأى الولى كان ذلك دفعا للعجز فى تصرف ناقص الأهلية ومثل ذلك يقال فى المعتوه المميز والسفيه وذى الغفلة فى غير موضع الخلاف ، وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور ، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذى أوجب نقص أهليته كانت الولاية فى العقود وسائر التصرفات للمالية للولى ، فان باشرها قاصر الأهلية يكون بطريق الوكالة عن الولى ، وان تولى من غير اناية توقف على ايجازته لا لسد النقص ، ولكن لأن ولاية العقد للولى لا له ، فهو لا يملك إلا ما يملكه الولى ، وعلى ذلك اذا باع أو اشترى ناقص الأهلية بغبن فاحش لا يصح عقده ولا يملك الولى أو الوصى ايجازته ، لأنه لا يملك ذلك ، فلا يملك بالأولى الاذن به ، ولا ايجازته . والشافعى رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التى للولى حق مباشرتها يكون كنفاد الأهلية ، وذلك لأن الشارع إذ أعطى الولى حق مباشرة التصرفات ، قد حكم بعجز المولى عليه عنها ، فلا يكون صالحا لمباشرتها بنفسه ، ولا تنفذ ولو أجاز الولى ، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التى حرم منها ، إذ لو صححت بعبارته لكان ذلك حكما بقدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها ، فمن التناقض أن يكون عليه ولى فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه . وقد ترتب على ذلك أن بيع الصغير ، وسائر ناقص الأهلية وشراءهم ونحوهما من العقود التى حجر عليهم فيها لا تنعقد ، ولا تكون موقوفة على اجازة الولى .

كما لا يصح الاذن لناقص الأهلية بالتجارة ، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولى فهي مسلوبة منه ، فليس له قدرة عليها ، وليس من شأن الاذن أن يخلق في ناقص الأهلية قدرة حرما ، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبا .

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود والتصرفات ، ولذا يصلح أن يكون وكىلا عن غيره ، ولكن كل حقوق العقد الذى ينمقد بمقتضى الوكالة ترجع الى الموكل . ولقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه ، أما ذو النقلة والسفيه فما بلاريب ذوا عبارة تنمقد العقود بها ، لأن الحجر عليهم للمصلحة والنظر لهم . ولقد جاء فى كشف الاسرار كلمة فى أهلية السفيه تنقلها لدقتها وهذا نصها : « السفه لا يوجب خللا فى الاهلية ، لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا سلامة التركيب ، وبقاء القوى الغريزية على حالها ، ولا باطنا لبقاء نور العقل بكاله ، إلا أنه يكابر عقله فى عمله ، فلا جرم يبقى مخاطبا بأمانة الله عز وجل فيجاطب بالأداء فى الدنيا ابتلاء ، ويجازى عليه فى الآخرة ، وإذا بقى أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل ، ووجوب حقوقه بقى أهلا فى حقوق العباد ، وهى التصرفات بالطريق الأولى ؛ لأن حقوق الله أعظم ؛ فانها لا تحمل الا على من هو كامل الحال ، ألا ترى أن الصبي أهل للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لايجاب حقوق الله عز وجل ؛ وتحمل أمانته ، فن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات » اهـ . فالسفيه بلاريب أهل لأداء الحقوق والواجبات ، ولكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته ، وحفظا لأمواله ، وحمله على الجادة .

١٨٢٨ — واذا كان ناقص الأهلية له عبارة تنمقد بها التصرفات ، فالتصرفات بالنسبة له عند الحنفية تنقسم الى ثلاثة أقسام : (١) تصرفات نافسة نفعا محضا ، بحيث لا يكون ثمة ضرر فيها قط كقبول الهبة ، وقبول الكفالة ، (٢) وضارة ضررا محضا بحيث لا يكون فيها أى نفع مالى له كالاتقاع والهبة والطلاق (٣) وتصرفات تقبل الضرر ، والنفع :

فأما القسم الأول ، فينمقد وينفذ من ناقص الأهلية ؛ لأن عبارته صالحة

لانشاء العقود وسائر التصرفات ، ولذلك صلح وكيلنا عن غيره كما بينا ، ولما كان ذلك النوع من التصرفات نافعا له نفعاً محضاً لا ضرر فيه ، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة له ، ولم يكن في حاجة الى اجازة ولى أو وصى ، لأن الرضى لا يصح ، وهو ضرر به ، فلا حاجة اذن لهذه الاجازة . وفى تنفيذ هذه التصرفات من غير اجازة الولى ، والحكم بصحة كلامه النافع له نفعاً محضاً من غير اعتماد على أحد — منافع معنوية كبيرة ، إذ بذلك يترن على التصرفات النافعة ، ويدرك المنافع والأرباح ، ومضار الغبن والخسران ، ويهتدى الى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص .

وأما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً من غير نفع مالى ظاهر ، كالهبة والوصية والاعتاق^(١) ، فانها لا تنعقد من ناقص الأهلية ؛ لأن هذه التصرفات تضر به ، وعبارته انما تساغ فيها مصلحة له ، أو فيه احتمال تلك المصلحة ، فلم تصلح عبارته ؛ لانشاء ذلك النوع من التصرفات ، اذ هى تنشئ عليه التزاماً من غير أن يكون له فيه فائدة واضحة ، أو من غير أن يتعهد الطرف الآخر له فى نظير ذلك بشئ ، وعلى فرض أن عبارته تصلح لانشائها ، فهى تكون محتاجة الى أن يضم رأى الولى فيها اليه ، أو الى اذن الولى بها ، وليس فيها مصلحة محتملة حتى يضم الولى رأيه الى القاصر ، أو يأذن بالتصرف ، وولاية الولى للنظر والمصلحة ، فلا يصح أن تقر عملا فيه مضرة من غير احتمال نفع ، لهذا كله لا تنعقد من ناقص الأهلية التصرفات الضارة ضرراً محضاً الا ما سنبينه من الاستثناء فيما يأتى :

وأما التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيع والشراء والشركات ، والاجارات والنسكاح^(٢) وغير ذلك ، فهى تنشأ وتنعقد بعبرة الصغير ، ولكن تكون موقوفة على اجازة الولى أو الوصى ، أما انعقادها بعبارته ؛ فلأن عبارته صالحة لانشاء التصرفات ، اذ يتوافر فيها القصد الى معانى العقد ، وفهم معانى

(١) سنبين فيما يأتى أن بعض هذه التصرفات تجوز من السفه ، وذى الفللة .

(٢) سنبين أن النكاح يجوز من السفه وذى الفللة .

الألفاظ التي تنعقد بها العقود . وفوق ذلك في تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتمريسه بها ، والظفر بالسكسب ، واشعاره بمضاضة الخسارة بعدم إجازتها . وأما حاجة تنفيذ هذه التصرفات الى إجازة الولى والوصى ؛ فذلك لأن في عقله نقصا ، وفي رأيه ضعفا ، ويخشى عليه مغبة تصرفه ، وفساد تدبيره ، وعدم تقديره العواقب ، فكان لا بد من رأى الولى ، لتنفيذ هذه العقود ؛ فان أجازها نفذت ، وان لم يجزها بطلت ، والشرط في الاجازة أن تكون إجازة معتبرة صحيحة ، بأن يكون التصرف نفسه يملكه الوصى ؛ فان كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة ، كأن يكون ناقص الأهلية قد باع بعض عقاره ، والوصى لا يملك بيع العقار ، فإجازته له تكون غير معتبرة ، لأن من لا يملك إنشاء تصرف لا يملك الاذن به ، ولا يملك إجازته ، ولذا اذا باع الصغير عقارا والوصى عليه لا يملك البيع ، فان عقده في حكم العقد الباطل ؛ لعدم صلاحيته للتنفيذ .

١٨٣٨ — هذه الأقسام الثلاثة المذكورة تعم العقود كلها بالنسبة للصغير المميز والمعتوه ، فكل تصرفاتهم الشرعية تسرى عليها أحكام هذه الأقسام ، أما بالنسبة لذى الغفلة والسفيه فانها تسرى فقط على تصرفاتهم المالية الخالصة ما عدا الوصية والوقف . وان الأمر يحتاج الى بعض التفصيل بالنسبة لما فنقول :

التصرفات قسمان ^(١) تصرفات لا تقبل النقص والفسخ ، وهى التى تظهر أحكامها بمجرد ثبوت أسبابها ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، كما بينا عند الكلام فى الرضا ، كالنكاح والطلاق ، والعناق وهذه تصح منها ؛ وذلك لأن الفقهاء فرضوا عبارات السفيه وذى الغفلة كمبارات الهازل ، لأن الهازل يخرج كلامه على غير

(١) خالف الشافعى فى صحة المتق من السفيه ، فقال انه لا يصح ، ولكن صاحبي أبى حنيفة قالوا ان المتق منه يصح ، ولكن على العبد أن يسعى بقبضته ؛ لأن المتق تضمن اسقاطا للرق ، واتلافاً لقدر من المال فاسقاط الرق يزول ، ولكن يبقى المال لازماً ، لأن للمال موضوع الحبر ، وهناك رواية أخرى تقول لا يستسعى العبد المتق . واذا عقد عقد زواج وجب أجر الثل بصرط ألا يزيد عن المسمى ، وزواجه صحيح ، ولو كان يتزوج كل يوم أربما ويطلقهن ساعة وزواجه منهن ، لأن الزواج خارج عن نطاق الحبر ، والمال تابع .

نهج العقلاء لقصد اللعب بالمبارات بعدم ارادة ما وضعت له لغة وشعرا ، فكذلك السفية يخرج كلامه على غير نهج العقلاء ، لاتباع الهوى ، ومكابرة العقل ، لا لنقصان العقل في ذاته ، ولكن لسوء الرأى والتدبير وغلبة الهوى والشهوات الجاحجة على العقل المفكر وإطفاء نوره .

وللزواج جانب مالى وان لم يكن مقصوداً لذاته ، ولذا يصح من السفية وذى الغفلة الزواج ، ولكن لا يلزم الا مهر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى ، فالواجب أداؤه بمقتضى ذلك الزواج هو الأقل من المسمى ومهر المثل ؛ وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل في ضمن مواضع الحجر ، وهذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد قرر الفقهاء أن الزواج في ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، ولكن تسمية المهر للهزل أثر فيها ، والمقرر فقها ، أن ما لا يؤثر في صحته الهزل يصح من السفية ، وما يؤثر الهزل في صحته فهو موضع حجب السفية وذى الغفلة ، فالتاعدة تسير في مداها ، ولا استثناء فيها .

أما التصرفات التى تقبل النقص والفسخ كالبيع والشراء والاجارة والمزارعة ، أو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بأنه ما يصح أن تتراخى آثاره عن أسبابه ، أو ما لا يصح مع الهزل ، فهذا النوع هو موضع الحجر ، وتجرى فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرناها ، إذ يكون السفية وذو الغفلة فيه كالصبي المميز والمعتوه ، غير أنه استثنى من ذلك تصرفان قد قال الفقهاء انهما يجوزان من السفية وذى الغفلة ولا يجوزان من الصغير والمعتوه ، وهما الوصية بالثلث فى غير سبيل فسق بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى ، كالوصية فى سبيل بر المساكين أو للفقراء ، أو لبعض قرابته غير الوارثين أو نحو ذلك ، لكن وصيته لأهل الفسق والحجون كوصيته لمغنية أو راقصة ، أو نحوها فلا تصح . (وثانيهما) الوقف على النفس ومن بعده على ذريته . وقد كان القياس ألا تنعقد وصيته ولا وقفه ؛ لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات ، وذلك لا ينعقد من ذى الأهلية القاصرة ، ولكن استحسّن الفقهاء صحة الوقف والوصية ، لأن الوقف على نفسه ، ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر لا يعد إتلافا للمال ، بل انه صيانة له من أن تقع

العقارات تحت سلطان الاسراف والتبذير ، من غير ضرر يلحق بالورثة في ذلك التصرف ، فهو يعد احتياطا من سوء العقبي يفعله كثيرون من الراشدين ، وأما الوصية فجازت لأنها تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، وإذا كانت على طريق ما يفعله أهل الصلاح لا يضره منها شيء ، بل يناله النفع الأخرى من غير ضرر دنيوى ^(١) .

ولقد نلخص الامام محمد الفرق بين السفية وذى الغفلة وبين الصبي المميز والمعتمود في أربعة أمور فقال : والمحجور ^(٢) بمنزلة الصبي إلا في أربعة : أحدها أن تصرف الوصى في مال الصبي جائز ، وفي مال المحجور عليه باطل ، والثاني أن اعتاق المحجور وتربيته وطلاقه ونكاحه جائز ، ومن الصبي باطل ، والثالث المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ، ومن الصبي لا تجوز ، والرابع جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد ، فادعاء ثبت نسبه منه ، ومن الصبي لا يثبت .

١٨٤ — هؤلاء الذين ذكرناهم يعتبرون قاصرى الأهلية ، وغيرهم من المميزين يعدون كاملى الأهلية ، وبعبارة عامة يعتبر كامل الأهلية كل بالغ عاقل حر رشيد كما بينا ، سواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان صحيحاً أم مريضاً ، مادامت قواه العقلية سليمة . غير أن المرأة اختصت ببعض الخلاف في أهليتها لإنشاء العبارة التى يتعقد بها عقد الزواج ، والمرضى اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله ، ولنلخص كل واحد منهما بكلمة :

(١) اعتمدنا فيما كتبناه في الأهلية الفاصرة على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع باب الأهلية وعوارضها ، وكذلك شرح المنار . والتقرير والتحير الجزء الثانى باب الأهلية وعوارضها ، وأحكام القرآن للجصاص تفسير قوله تعالى « وإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً » في المجلد الأول وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الخامس تفسير قوله تعالى « ولا تؤنوا السفهاء أموالكم » والزيلعى خامس باب الحجر وفتح القدير سابع باب الحجر ، وابن عابدين خامس ، والبحر الثامن ، والأشباه والنظائر الجزء الثانى في الحجر ، ورسالة الأهلية وعوارضها لأستاذنا أحمد إبراهيم بك .

(٢) المحجور المراد به السفية .

أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية

١٨٥ — تعطى الشريعة الإسلامية المرأة من الأهلية ، سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء ماتعطيها الرجل ، فها فيها على سواء عند جمهور الفقهاء ، فثبتت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل ، ويجب عليها مثل ما يجب عليه ، ولها الحق في المعاملة ، ومباشرة الأسباب التي تنشئ التزامات وتوجب حقوقاً لغيرها ، مادامت عاقلة مميزة رشيدة ، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات ، ولها إرادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشارع . بيد أنه بالنسبة لأهليتها للأداء ، وهي أهليتها للمعاملة ، ومباشرة التصرفات الشرعية يجب ملاحظة أمرين : « أحدهما » أن الفقهاء اختلفوا في صلاحية عبارتها لإنشاء عقد النكاح ، مع اتفاقهم جميعاً على أن لها الحرية المطلقة في اختيار الأزواج ، لا تحمل على زوج ، ولا يفرض عليها رجل حياتها فرضاً من غير رضاها ، ولا تعزل عن الزوج الكفء فإن أساء أولياؤها ، وعضلوا عن اختيارت رفع القاضى ذلك الظلم ، ودفع عنها هذا الإيذاء ، وأمكنها من الزواج ممن ارتضته مادام من الأكفاء لها ، ولكن الاختلاف ليس في حرية الاختيار ، بل في كون النكاح ينعقد بعبارة النساء أو لا ينعقد ، فجمهور الفقهاء على أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة ، وإن كان لا بد من رضاها مادامت بالغة رشيدة ، وخالف أبو حنيفة وبعض أصحابه ^(١) الجمهور ، وقال إن النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة ، لأنه حقها أولاً وبالذات ، ولها السلطان المطلق عليه مادامت لم تسء إلى أولياؤها باختيارها غير الكفء ، ولكن مع ذلك يقرر الحنفية أن المستحسن أن يتولى الأولياء عنها الصيغة من غير الزام ، فإن تولت هي الصيغة فعلت غير المستحسن ، وما عدت ولا ظلمت ، ولا تجنبت ، ولا

(١) وقد روى عن الامام محمد أن الولاية شركة بين الولي والمرأة الرشيدة ، بمعنى أنه إن زوجها توقف على إجازتها ، وإن زوجت نفسها توقفت على إجازته .

أثمت ، وكلامها نافذ ، لأنه في حدود سلطانها ، ولكل فريق من الفقهاء وجهة هو موليا :

فوجهة نظر أبي حنيفة : ١ — ورود الآيات الكريمة بإضافة الزواج إليها ، ومن ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان غنا أن يقيا حدود الله » في هذه الآية الكريمة أضاف الله سبحانه وتعالى النكاح إليها ، وهو حدث ، والحدث يضاف الى فاعله ، فاضافته اليها دليل على اعتبار الشارع للعبارات الصادرة عنها المنشئة للعقد ، ولقد أضاف الله النكاح اليها مرتين احدهما في قوله : « حتى تنكح زوجا غيره » والثانية في قوله « أن يتراجعا » فلا يصح أن يشك في أن تلك الاضافة دليل على اعتبار ما صدر عنها نكاحا يقره الشارع ، والا ما ساء نكاحا ، وما سمى ما كان بينها وبين زوجها الأول بعد طلاق الثاني تراجعا ، وعودا للقديم ، ومن جهة ثانية قد جعل هذا الفعل منها غاية للتحريم وانها له ، ولا ينهى تحريم الشارع الا أمر يعتبره الشارع محلا بعد ذلك التحريم ، ومنها له ، وذلك لا يكون الا اذا اعتبر الشارع النكاح الصادر عنها المضاف اليها شرعيا من كل الوجوه .

ومن الآيات الكريمة التي أضيف النكاح فيها اليها أيضا قوله تعالى : « واذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقد أضاف النكاح هنا اليها ، فدل على أنه يعتبر ان أنشأته وأوجدت عباراته ، وفوق ذلك في الآية دلالة أخرى على أن الولاية لها كاملة ، وليس للأولياء عليها سلطان ان اختارت من الأكفاء ، لأن في الآية نهيا للأولياء عن منعهن من الزواج بالأكفاء ، إذ فيها نهى عن العضل ، وهو التضيق الظالم ، وذلك يكون بمنعها من زواج الكفاء ، والنهى عن شيء يثبت أنه غير حق ولا يرضاه الشارع ، فنهى الأولياء إذن عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم ، ولا يسوغ لهم ، وذلك يدل على أن للمرأة كامل الولاية في اختيار الأكفاء .

ب — ما ورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها وأن ليس لأحد عليها من سلطان في أمر الزواج ما دامت لم تختبر به ذووها ، من مثل قوله

عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها ، وقوله عليه السلام « ليس للسولي مع الثيب أمر » . وذلك بلا ريب يدل على أن نكاح الثيب بنفسها معتبر من الشارع صحيح عنده ، ولو كان زواجها لا يجوز إلا بالسولي ، لكان له أمر معها ، وذلك ينافي الحديث .

ح — أن الولاية على الحر لا تثبت إلا للضرورة ؛ لأنها تتنافى مع الحرية ، إذ مقتضى الحرية أن يكون الشخص مستقلاً في أموره مدبراً لكل شئونه ؛ لا يحد من سلطانه في شأن نفسه إلا أن يمتد تصرفه إلى غيره بضرر يناله ؛ ومنع انعقاد النكاح إلا بعبارة الأولياء ولاية تثبت من غير ضرورة إليها ، وتتنافى مع حرية البالغ الرشيد من غير حاجة ماسة ، ولا يحتاج بثبوت تلك الولاية قبل الرشد ؛ لأنها كانت للعجز بسبب نقصان المدارك ، ولا عجز بعد البلوغ والرشد فتثبت كاملة ، ويصح النكاح بعبارة النساء . ومن جهة ثانية قد قرر الفقهاء إلا من شد بأن لها ولاية كاملة على مالها ، فتثبت كاملة بالنسبة لزواجها ، ولا فرق بين الأمرين ، ومناطق كمال الولاية واحد فيهما ؛ لأن مناطق كمال الولاية البلوغ مع الرشد ، وقد ثبت كمالها في المال ، فيثبت في الزواج أيضاً . هذا ومن جهة ثالثة قد ثبت للفتى بمجرد بلوغه عاقلاً ولاية عقد الزواج بنفسه ، فيثبت للفتاة بمجرد بلوغها عاقلة ، بطريق القياس عليه ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بالنسبة للزواج ؛ فإذا كان الزواج خطيراً ، فهو خطير عليهما ، وإذا كان في الزواج احتمال ضرر بالأولياء ، فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى ؛ لأن الأولاد من خضراء اليمين يجر للأسرة عاراً ، ويحجب لها شئاراً ، فلا معنى لمنع انعقاد النكاح من النساء ، وإجازته من الفتيان ، إلا التفضيل من غير سند يعتمد عليه (١).

١٨٦ — هذه وجهة نظر أبي حنيفة وبعض أصحابه في صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة إذا اختارت كفتاً ووجهة نظر الجمهور في منع انعقاد النكاح بعبارة النساء :

(١) قد اعتمدنا في بيان هذه الأدلة على أحكام الفرقان للجصاص الجزء الأول ، وأحكام الفرقان للفرطحي الجزء الثالث ، والزيلعي الجزء الثاني ، والبدايع الثاني ، والفرق للقرافي الثالث .

١ — ان الله سبحانه وتعالى أضاف الانكاح الى الأولياء في قوله تعالى « وأنكحو الأيامي منكم ، والصالحين من عبادكم وامائكم » فالنكاح اذا أضيف للمرأة في آي القرآن الحكيم فباعتبار أن آثاره ترجع اليها والى زوجها ، ولا ترجع الى الأولياء أحكامه ، بل الذى يرجع اليهم منه إما العار واما الفخار ، وأما الانكاح وهو احداث عقد النكاح فقد أضيف الى الأولياء ، وهو نص فى احداث عقد الزواج ، ومثل ذلك قوله تعالى « ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فى مقابل « ولا تُنكحوا المشركات حتى يؤمن » فلما كان الفعل متعلقا بتولى صيغة العقد للرجل أضيف النكاح وأثره اليه ، ولما كان الأمر متعلقا بتزوج المشركين من نساء مسلمات ، لم يجعل الخطاب للنساء بل لأوليائهن بالنهى لهم عن الانكاح بأن يعقدوا للنساء اللائى فى ولايتهن عقدا على مشرك ، وفى كل هذا كانت إضافة الصيغة للرجل ، مع أنها كانت تتعلق بالمرأة ، ولا تتعلق بغيرها ، فاذا كانت الاضافة تكون لمن له الولاية ، فالولاية للرجل ، وليس فى القرآن كله عبارة تضيف الانكاح الى المرأة .

ب — ما ورد فى الآثار من أنه صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، الا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » ومن أنه قال صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، وان دخل بها فالمر لها بما أصاب منها ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » أخرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن ، وحديث ابن عباس « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ، وغير ذلك من الآثار ، وكلها يتأدى الى معنى واحد ، وهو أن النكاح لا يعقد بعبارة النساء ، بل الذى يتولى الصيغة ، وانشاءه الرجل .

ج — ان النكاح عظيم الخطر ، بعيد الأثر ، عميق الغور فى حياة الرجل والمرأة ، يربط أسرتين ، ويؤدم به بين شخصين بحياة سعيدة ، ان سعدا به ، وهو بالنسبة لأسرة المرأة إما أن يجر خزيا ، واما أن يجلب شرفا ، فأسرة المرأة ينتقصا زواج فتياتها من الخسيس ، والرجل لا ينقصه ولا ينقص أسرته أن يتزوج من

الخصيسة ؛ لأن عقدة النكاح بيده يصلها أن أسعدته ، ويفصمها أن أشقته ؛ لذلك كان لابد من اشتراك أولياء المرأة معها في الرأي ، ولا يصح أن نفردهم لأن عقبي الزواج لا تعود عليها وحدها ، بل تتعدى إليهم إما بالأطمئنان والقرار ، وإما بالألم والعار ، ولا يصح إذن أن تقاس حالها على حال الرجل الرشيد ، لأن زواجه لا يتعدى ضرره أو سعادته إلى غيره إلا برشاش قليل ، لا يجلب ذلا ، ولا يتبع عزاً .

ثم إن معرفة أحوال الرجال ، ومكنون نفوسهم ، وخفايا شئونهم ، لا تتم إلا بالممارسة والمخالطة ، وتقصى أحوالهم والاتصال بهم . ومعرفة كفاءتهم للمرأة في الزواج تستدعي كل هذا ، وهي لا تتم للمرأة التي تتر في بيتها ، وتسكن إلى أهلها ، بل حتى التي تغشى الأسواق ، ولا تتمنع عن مخاطبة الرجال ، بل لا تتم هذه المعرفة إلا للآقران والمعاشرين والمخالطين ، ومن السهل على الرجل أن يتعرف بهم ويستقصى أخبارهم ، وله من هدوء النفس والأطمئنان ما يجعله يوازن ويقايس ، حتى يصل إلى اليقين الجازم ، أو الظن الراجح . أما المرأة فقد تدفعها غرارها أو سذاجتها ، أو الرغبة الجامحة إلى أن ترى حسنا من ليس بالحسن ، وكفتا من ليس بالكفاءة ، وكثيرا ما يحدث ذلك عند ما يطلق الحبلى على الغارب . فكان من مصلحتها أن يشترك غيرها معها في ذلك الأمر الجليل الذي يمتد إلى حياتها كلها فيسعددها أو يشقيها . ولا بد إذن من أن يكون وليها معها في عقد زواجها .

وإن عقد الزواج عقد ينظر إليه الاسلام ، بل كل الشرائع نظرة تقديس ، فليس كالعقد في الأسواق وما يشبهه من العقود ، لأنه يتعلق بالأبضاع والأنساب ، وحفظ النوع الانساني على أكمل وجه ، فكان لا بد أن يحوطه الشارع ببعض الأمور الشكلية ، فجعل الاعلان أساسا لانعقاده ، وكذلك جعل من تقديسه ألا يتولى عبارته إلا الرجال ، وعرف الناس في كل الأعصار يسير على هذا ، ومن يخالفه ينظرون إليه نظرم إلى من يشذ في تصرفه ، ويخرج عن الحد الذي ينبغي لذلك العقد من التقديس والتقدير ، ولقد قال ابن تيمية في هذا المقام ما نصه : « أمر بالولي والشهود ونحو ذلك مبالغة في تميزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الصوت بالدف والوليمة الموجهة

لشهرته ؛ ولهذا جاء في الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ؛ فإن البغى هى التى تزوج نفسها ، وأمر فيه بالاشهاد أو بالاعلان أو بهما جميعا « (١) .

١٨٧ — هذا هو الأمر الذى اختلف فيه الفقهاء بالنسبة لكل أهلية المرأة من حيث العقود ، وليس الاختلاف فى إجبارها ؛ لأن أحدا لم يميز إجبار البالغة الرشيدة ، إنما الخلاف فى أن لها أن تنفرد بانشاء صيغة الزواج دون الأولياء أولا ، وبعبارة أدق ، أتصلح عبارتها لانشاء عقد النكاح أم لا . أما إجبارها فليس لأحد عليها من سلطان فيه فلها أن ترفض من تشاء ، ومن تختاره ان كان كفتها وامتنع الأولياء عن العقد كان ذلك ظلما منهم وعضلا ، فترفع الأمر إلى القاضى ليتولى هو انشاء صيغة العقد أو ينيب غيره ، فهو ولى من لا ولى له ، وقد تنحى هؤلاء عن ولايتهم بظلمهم ، فيتولى هو دونهم .

أما الأمر الثانى ، فهو اختلافهم فى كمال ولايتها المالية ، وهو اختلاف أقل ذكرا من الأول ، وأهون خطرا ، بل يروى أنه موضع اجماع لا خلاف فيه ، ولكن الأصح رواية الخلاف ، وجهور الفقهاء على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى كل ما لها ، ليس لأحد عليها من سلطان ، سواء أ كان وليا أم زوجا ، لأن الرجل والأبى بالنسبة للأموال سواء ، وخالف الجمهور مالك رضى الله عنه فى رواية عنه ، وكانت مخالفته للجمهور فى موضعين « أحدهما » بالنسبة للبكر البالغة ، فهو يرى أن الحجر يستمر ولو بلغت عاقلة ، حتى تتزوج ويدخل زوجها بها ، وهى بذلك مخالفة للغلام ؛ لأنه يرى أن رشدها لا يتم إلا بذلك ؛ لكونها فى حال بكاريتها محجوبة ، لا تعانى الأمور ، ولا تبرز للناس . والفقى حاله غير حالها ، فإنه بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل له الاختبار ، ويكمل عقله بالبلوغ ، إن أنس منه الرشد ، فيحصل الغرض ، ويتم مقصد الشارع . ويستمر الحجر على الفتاة ما لم تتزوج إذا كانت ذات أب أو إذا كانت

(١) الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية فى بحث العقود والمروط . وقد استخلصنا هذه الأدلة من بداية المجتهد الجزء الثانى وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث ، والفروق الجزء الثالث ، والبدائع الجزء الثانى .

يتيمة ، فالوصى يستمر قائماً على مالها حتى تتزوج أو تعنس ، وعاد مالك في مخالفة الجمهور أنه لم يعتبر البكر رشيدة ولا مؤنساً رشدتها ، والله قد ناط ولاية المال بابناس الرشد ، في قوله تعالى : « فان آنتم منهم رشدًا ، فادفعوا اليهم أموالهم » ولا حجة له سوى هذا ، ولذا لا يعد قوله راجحاً ، بل روى عنه الموافقة لجمهور أهل الفقه في هذا ؛ لأن الفتى والفتاة في السلطان على المال سواء .

«الموضع الثاني» أن مالكا يرى أن المرأة المتزوجة الرشيد لها أن تعقد صفقات في مالها ، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ، ولكن ليس لها التبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث ، وهو رواية عن الامام احمد رضى الله عنه ، وعاد هذا القول أنه روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلى لها ، فقال لها صلى الله عليه وسلم : « لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً ؟ فقالت نعم . فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال نعم ، فقبله » ولأن الزوج بعض الحق في مالها ؛ إذ العادة أن المهر يزيد وينقص تبعاً لزيادة مالها ونقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق ، فصارت كالمرضى في تعلق حق الورثة بماله . وهذه كما ترى حجة لا تقف أمام عموم النصوص التي جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء ، والحديث الذي يعتمد عليه ينكره أكثر العلماء ، ولقد رد ابن حزم على مالك ردّاً قوياً مظفراً في المحلى . جاء فيه : « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ، ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا تابع ، ولا أحد قبله ؛ إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز ، قد صح عنه خلافها ، ولا من قياس ، ولا من رأى له وجه » ثم يرد قياس المرأة على المريض ، ويثبت بطلانه بوجوه (أحدها) أن المرأة صحيحة ولا يصح قياس الصحيح على المريض ، (وثانيها) أنه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض ، ولا شبه بينهما ، (وثالثها) أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة في زعمهم ، وتبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثلث ، أما المرأة فيصح أن تتبرع ثلثاً بعد ثلث (١) .

(١) راجع المحلى الجزء الثامن ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

وفي الحق ان رأى مالك رضى الله عنه رأى متهافت لا يعتمد على سناد قوى من نص ، ولا مصلحة مرسله ، ولا استحسان مستقيم ، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج^(١) .

المريض مرض الموت

§ ١٨٨ — لقد قرر الفقهاء أن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت ، الدائنون ليستوفوا ديونهم ، والورثة ليسلم لهم حقهم في الثلثين ، ولكيلا يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله ، فقد فرض الله الفرائض ، وقسم الموارث بقسمته العادلة ؛ لهذا كان المريض ممنوعا من كل تصرف يؤدي إلى الأضرار بالدائنين أو بالورثة ، كل فيما له من حق ، بيد أن له حقوقا تتعلق بماله ،

(١) هذه صفحة من صفحات الصرية الاسلامية قد أعطيت فيها المرأة حرية كاملة ، بينما أكثر المصالح الأوروبية لم يعطها تلك الحرية ، في الزواج والمعاملات المالية ، فالصيرية الفرنسية لم تعط الفتاة ولا الفتى حرية اختيار القرين قبل الخامسة والعشرين للفتى والحادية والعشرين للفتاة فلا يجوز زواجهما من غير رضا الولي قبل هذه السن ، وبعد هذه السن الى الثلاثين لا بد من الاستئذان . وأين هذا مما أعطته الصرية للزوجين من حرية الاختيار في الزواج . وأما في المعاملات المالية فالصيرية كما ترى أعطت المرأة حرية كاملة في ادارة أموالها باتفاق الفقهاء وشذ مالك رضى الله عنه في تقييدها بالثلث في التبرعات ، فلا تنبرع عنده بأكثر من الثلث ، أما الصيرية الفرنسية التي يقدسها القانونيون في مصر ، فالمرأة المتزوجة ناقصة الأهلية في المعاملات المالية ، فلا تستطيع أن تدير مالها الخاص بها ، ولا الأموال التي تكون شركة بينهما وذلك على حسب ما يقتضيه الزواج بينهم ، بل ادارة أموال الشركة للزوج فيها مطلق الحرية ، وليس لها من ادارتها الا ما يأذن به . وادارة أموالها أيضا لا تكون الا باذنه ، فالمتزوجة عديم لا تدير أموالها مهما تكن بالغة عاقلة رشيدة تحمل أرقى الألقاب العلمية ، ويجلس للاستماع الى دروسها جهاذة العلم . ولو كانت كاتبة لها شبابة فلم تخفض وترفع ، فلقد نص قانونهم الأصل ١١ على أنه ليس للمرأة المتزوجة أن تنصرف في حر مالها يبيع أو شراء أو رهن أو هبة ببوض أو بغير عوض ، الا اذا كان معها زوجها في العقد أو أجاز لها ذلك كتابة الا اذا كانت تاجرة محترفة وليس لها أن تخاصم أمام القضاء من غير إذن زوجها في شأن من شئون مالها ، ولو كانت قبل زواجها محامية تدفد عن الحقوق وتحميها . ومع ذلك لا زال من صفقاتهم ومن عبيدكم في المرق من يزعم أن الصرية الاسلامية تجعل المرأة بمنزلة الرقيق ، والمصالح الأوروبية تجعلها بمنزلة الحر !!!

وحاجات تقضى منه ، وضرورات تدفعه الى الأخذ ، فوجب اذن مراعاة حاجاته الشخصية ، ومراعاة حقوق الدائنين والورثة . ولذا كانت عقودة وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين ، فان كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يتصل بها كان خارجا عن دائرة المنع ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة ، ومالا يعتبر من الحاجات الشخصية ، وفيه مس بحقوق الدائنين والورثة ، فهو محل المنع ، حتى يجيز الدائنون أو الوراثون . هذا اجمال للنظرية العامة لتصرفات المريض ، وهو اجمال لا يفي عن التفصيل ، بل لابد من التفصيل لتستبين النظرية محدودة الأجزاء ، واضحة المعالم .

وقبل أن نخوض في تفصيل الجمل نبين حقيقة مرض الموت :

١٨٩٩ — اذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفاً نبين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه نجد أنفسنا أمام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء ، غير أن المتتبع لهذه التعريفات المختلفة في عباراتها ، المتضاربة في ظواهرها ، يجد معنى لا يختلفون فيه ، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مريضاً يحدث منه الموت غالباً ؛ وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به ^(١) ، فلا تكاد تجد اختلافاً بين الفقهاء في أن هذين الأمرين لا بد من تحققهما لكي يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت ولكن اختلاف التعريفات إنما يدور حول الامارات والأوصاف الظاهرة التي بها يتبين أن المرض مشتمل على الوصف الأول ، وهو احداثه للموت غالباً ، فمن قائل ان من أماراته أن يكون الشخص صاحب فراش ، وهو الذي لا يقيم بجوابعه في البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومن قائل أن علامته ألا يخطو الشخص ثلاث

(١) الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك . وقد جاء في معنى ما قلنا في ابن عابدين ما نضحه في بيان أن كون المريض صاحب فراش ليس بضرط : « وفي نورالدين قال أبو الليث كونه صاحب فراش ليس بضرط لكونه مريضاً بل العبرة للغلبة ، لو الغالب من هذا المرض الموت ، فهو مرض الموت ، وإن كان يخرج من البيت ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد ، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر في الأصل مسائل تدل على أن الضرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش » .

خطوات من غير أن يستعين بغيره ، ومن قائل ان أماراته ألا يقدر على الصلاة قائما ، ومن قائل ان أماراته أن يعجز الشخص عن الاشراف على مصالحه خارج الدار ان كان ذكرا ، وان كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحها داخل الدار ^(١) ، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء ، لاعتلاف في حقيقة مرض الموت ، ولكن للاختلاف في أماراته ، ولكن المعنى المقصود في مرض الموت أن يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ، ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته خلوف للموت المترقب المرصود .

١٩٠ — ولقد لاحظت بعض المحاكم الأهلية ذلك المعنى ، وجعلته مناسبا تقديرها ، لأن منعه من التصرفات هو خشية أن يكون تصرف ذلك التصرف لا يثار بعض الورثة أو بعض الدائنين أو حرمان الدائنين من ديونهم ^(٢) ، وهذا

(١) ولقد أخذت محكمة الاستئناف العليا الصربية بذلك في بعض أحكامها ، فقد حصل طلاق وادعى أنه في مرض الموت ، ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أن للتوفي يتمل الى دار المأذون ، فأخذ من هذا انه لم يكن مريضا مرض الموت . راجع حكم المحكمة العليا الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ .

(٢) وقد جاء في أسباب أحد أحكام محكمة الاستئناف الأهلية ما نصه : « ومن حيث ان هذه الحال النفسية وما اعتري ابراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه في أكتوبر سنة ١٩١٠ ، ولا زالت تشدد حتى وفاته في ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ هي تلك الحال التي جعلته يتجرد وهو في سن الأربعين سن النضوج الحقيقي جسما وعقلا وادراكا واحساسا من كل ما يملك أطمينا ومنقولات وديونا . وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة ، والفنوط منها ، حيث اعتقد أنه لا بد مائت مما نزل به من اشتداد المرض ، وخطورة الحالة ، وهذا التصرف في ذاته والخروج به عن كل ما يملكه أكبر دليل يقطع في التذليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ، ويتجرد الانسان كل التجرد مما يملك اذا كان في حالة اعتيادية ، وفي حالة مرض بسيط ، ولكن اذا اشتدت به وطأة المرض ، وشعر بدبيب الهلاك الى جسمه تولاه عندئذ اليأس وخرج عن الحياة بما يمله عليه رغباته ، وهي متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لن حوله » حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ — وراجع مجلة القانون والاقتصاد « بحث الأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى المنشور في السنة الثامنة العدد الثالث » ولقد جاء مثل ذلك في حكم آخر في أسبابه « وحيث ان أحمد افندي .. كان موظفا ، وكان في ريمان شبابه ، وله أمل في الحياة وفي الرقي ؟ فشخص هذه حالته لا يمكن أن يجرده نفسه مما ملكت يده الا اذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقي ورثته . . . » استئناف ٦ مايو سنة ١٩٣١ وراجع بحث المريض مرض الموت المتوهم عنه آتقا للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

نظر دقيق ؛ بل هو روح الفقه فى مرض الموت ، ولذا عبر فى الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذى يخاف فيه الهلاك ؛ فاللناط هو خوف المريض الهلاك ، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضى الذى ينظر فى أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره فى حال المرض — فى البحث عن الأمارات والشواهد التى تدل على حال المريض النفسية ، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم أهى حال اطمئنان وقرار نفس ، ورجاء فى الحياة ، وأمل فيها قد استغرق النفس واستولى عليها ؛ لأنه إذا جعل القاضى كل عنايته فى تعرف ذلك ، فقد سار على سمت الفقه ، وروحه ولبه ومعناه فى مرض الموت ؛ إذ اللناط كما بينا فى تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف ، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة .

ولأن المناط الذى كان سبباً فى شرع الأحكام المتعلقة بالمريض ، هو خوفه الموت كما بينا — الحق بالمريض كل الأسماء الأقوياء الذين يكونون فى أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ، والموت على الحياة ، والهلاك على النجاة ، ومن هؤلاء :

١ — المقاتلة إذا التحمت الطائفتان ، ولم تستتب الطائفة القاهرة والطائفة المقهورة ، أو استبان القاهر وكان من المغلوبين ، فى هذه الحال يكون الشخص فى حكم المريض مرض الموت ؛ لأنه يترقب الموت فى كل آن ، أو لا يدرى أيقع على الموت أم يقع الموت عليه ، فان تصرف تصرفاً فيه ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات فى هذه الحال كان تصرفه موقوفاً على اجازتهم الى غير ذلك مما يستبين فى بيان سائر أحكامه .

ب — من قدم للقتل ، سواء أكان بسيف الجلال قوداً أو قصاصاً أو حداً أم بسيف ظالم عدواناً ، فهو فى حال يترقب التلف والهلاك ، قد غلب عليه اليأس على الحياة ، فهو كالمرضى وإن لم يكنه .

ج — من ركبوا البحر فتموج بهم واضطرب ، واصطبق بالآذى ، وجاءهم الموج من كل مكان ، وظنوا أنهم أحيط بهم ، وجاءتهم العواصف ، حتى غلب عليهم

أن لا منجاة لهم مما هم فيه ففي هذه الحال يكونون كالمرضى ؛ وإن لم يكونوا مرضى .

د — المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين ، وكذلك إذا جرى العرف بين الأسيرين بقتل الأسرى ، فلا من ولا فداء ، بل قط للرقاب ، وحصد للأرواح . ففي هذه الحال أيضا يكون المحبوس والأسير ، كالمرضى مرض الموت ، وهذا رأى أبى حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد ، وأحد قولى الشافعى . ويروى أن الحسن البصرى كان يرى أن المحبوسين فى حبس الحجاج يسرى عليهم ذلك ، لأنهم كانوا يزجون فى غيالاته ، فلا تعلم نفس ما أخفى لها من حياة أو موت ، فيروى أن الحجاج لما حبس إياس بن معاوية قال الحسن البصرى : ليس له من ماله إلا الثلث ، لأن من دخل سجن الحجاج ما كان يرجو له الحسن حياة ^(١) .

ه — الحامل إذا أتقت ، وصار لها ستة أشهر ، فانها إذا وصالت الى هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر ، والولادة جال تكون المرأة فيها بين الخوف والرجاء ، وبين الحياة والموت ، فرما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر بورثتها أو دائئنها ، وقد أخذ بهذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وقتادة ، ومالك ، وخالفهم إبراهيم النخعى ، ومكحول ، ويحيى الأنصارى ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبو حنيفة والشافعى ، وقالوا انها تتصرف تصرف الصحيح ، حتى تكون فى الخاض ، ففي هذه الحال تكون كالمرضى ، وذلك لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت ، ولا ترقبه بسبب الحمل ، بل المعتاد الغالب

(١) كان الحجاج طاغية من طغاة الدنيا عاتيا فاسيا ، يروى أنه لما هلك وجد فى سجنه عصفرون ومائة ألف سجين لا يعرفون ذنوبهم . ولقد مر على صرعه فى السجن مرة فجاءوا اليه يشكون ويضرعون ، فقال « اخشوا فيها ولا تكلون » ولقد كان رأى الحسن البصرى فيه يتفق مع ما عرف عنه من قسوة ، يروى أن رجلا قال يوم مات الحجاج : امرأته طائى ثلاثا ان دخل الحجاج الجنة ، ثم راجع نفسه ، فاستغنى الحسن . فقال له : اذهب وارجع امرأتك ، ان دخل الحجاج الجنة لا يضررك الزنى ، فلا عجب بعد ذلك اذا رأى الحسن أن من دخل حبس الحجاج لا يرجو الحياة ؛ فيكون كالمرضى مرض الموت وإن لم يكنه .

المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف ، وأحيانا تكون مدة الحمل مدة استبشار وسرور ، وليس من المعتاد أن تلد لسته أشهر ، وإنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون في حال سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرّة عين ، حتى اذا دخلت في الخاض وأصابها آلامه ، وهى مبرحة شديدة ، فقد يعروها اليأس من شدة الألم ، ويعروها انقباض النفس مما يمحضا من ضروبه ، ففي هذه الحال ، يصح أن نقول إنها تخاف الموت وتتوقعه ، فقد تتصرف حينئذ تصرفات تضر بالدائنين أو بالورثة فتكون كالمرضى في أحكامه .

وقال الزهرى والحسن البصرى والشافعى فى القول الثانى له ان الحامل فى تصرفاتها كالصحيح ولو كانت فى الخاض ، لأنها لا تتوقع الموت ، بل الاعتقاد والألف والرغبة فى الولد تجعلها دائما ترجح الأمل على اليأس ، والرغبة فى الحياة ، وبشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها فكرة الموت ، وإن كانت فى أشد الآلام .

و — المبارز اذا تقدم للقاء مع القرن ، فى هذه الحال يكون فى حال يخاف منها الهلاك غالبا ، فيكون كالمرضى ، وتكون تصرفاته التى تمس الوارث أو الدائن مظنة الاضرار بها فتتوقف على اجازتهما^(١) .

١٩١ — وهناك أمراض يمتد زمنها ويطول كالسل ، والسرطان ، والشلل والجذام والبرص ، ونحو ذلك من الأمراض التى يطول أمدها ، فهل يكون الشخص فى مرض الموت مهمل يطل أمد الأمراض ؟ قد أجاب الفقهاء عن ذلك بأنه ان طال مدة المرض ، وأصبح لا يخاف الموت منه كالشلل بأن تقادم وألف من غير أن يخاف الموت بسببه ، فى هذه الحال يكون المريض كالصحيح ؛ لأن المناط ، وهو خوف الموت الذى جعل ظن المضرة يتسرب الى تصرفاته — لا وجود له ؛ ولقد اختلفوا أيضا فى أمارات المرض الذى اذا تقادم أصبح لا يخاف الموت منه ، فمنهم

(١) اعتمدنا فى تعريف مرض الموت على ابن عابدين الجزء الثانى ، والزيلعى الثانى ، وفتح القدير الثالث ، والمغنى السادس ، وبحث الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة الممد الثالث .

من قال انه هو الذى لا يتزايد يوما بعد يوم ، بل يستمر على حال واحدة ، كالشلل ، ومنهم من قال انه هو الذى يرجى البرء منه بالتداوى ، كبعض أنواع الفالج ، ومنهم من قال انه ما استمر سنة فأكثر ، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب فى الفقه ، واختارته المجلة العدلية مع تقييده ، فالمادة ١٥٩٥ نصها ما يأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره ان كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الأنثى ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن ، فان امتد مرضه ، ومضت عليه سنة ، وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد المرض ، وتتغير حاله . ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله ، ومات قبل مضى سنة تعد حاله ابتداء من وقت التغير الى الوفاة مرض موت » اهـ . وترى أن المجلة اشترطت لاعتبار الشخص صحيحاً ألا يزداد المرض وهذا رأى بعض الفقهاء . فهو لاء يرون أن المرض ان امتد سنة لا يعتبر الشخص فيه صحيحا بمجرد الامتداد سنة ، بل الشرط فى كونه لا يخاف الموت منه ألا يزداد يوما عن يوم ، أما مادام يزداد يوما عن يوم ، فهو مرض موت ؛ لأن المريض فقد الرجاء .

وفى الحق انه يجب أن يجعل لاختبار أهل الخبرة المقام الأول فى تقدير قوة تأثير المرض وامتداده ، كما تجب ملاحظة الحال النفسية كما بينا ، فاذا أخبر الطبيب شخصا بأن عنده مثلا سرطانا لا يرجى برؤه فانه يصبح فى حال نفسية ترتقب الموت آنا بعد آن ان لم يكن أخبره الطبيب برجاء العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره ، فاذا قرر الطب ألا رجاء فى الحياة ولا فى العلاج ، ولم يعين مقدارا من الزمن لقوة تأثير المرض فى الحياة ، والمرضى يزداد من وقت لآخر ، ولم يثبت على حال واحدة ، فالمرضى مترقب للموت ، فتكون تصرفاته مظنة الايثار أو الاضرار ، فلا يعتبر كالصحيح مهما يتناول المرض ؛ لأن تصرفه

الذى يحس الورثة أو الدائنين مظنة أن يكون الدافع اليه إثارة بعض الورثة أو الأضرار بالدائنين^(١).

§ ١٩٢ — إلى هنا انتهينا من بيان حقيقة مرض الموت ، والآن ننتقل لبيان القواعد التي تقوم عليها أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، وقد أشرنا اليه بالأجمال آنفا .

يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب ، فالحقوق تثبت له ، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه ، فإما سببه عدم القدرة البدنية عليه ، فلا تجب عليه مثلاً الصلاة من قيام إن كان عاجزاً عنه ، وليس مناط عدم وجوب مثل هذا كون المريض مرض الموت ، بل المناط العجز البدني عنه ، ولو لم يمض الشخص من مرضه هذا . وعبارة المريض مرض الموت صالحة لكل العقود والتصرفات ؛ لأنه عاقل رشيد كل الرشدة ، ما دام خالياً من العته والفسه فله أهلية أداء كاملة ، وكان مقتضى هذا ألا يحجر عليه في أى تصرف يتصرفه ، وألا يتوقف أى عقد من عقود على إجازة غيره ، ولكن مرض الموت يؤدي إلى الموت ، وينتهي به ، والموت يوجد حقيقة عين ثابتين لا مجال للشك فيهما : أحدهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن الميت فيما كان يملك من الأموال . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره بها ، فتصير الديون التي كان لغيره قبله متعلقة بما له ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث في الأشياء التي تركها الميت ، لهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة في التركة ؛ ولما كان المرض الذي أفضى إلى الموت هو سببه العادى ، صار حق الغرماء والورثة متعلقاً بالتركة من وقت حدوث ذلك للمرض ؛ لأن الحقوق تضاف إلى أسبابها ، وبيان ذلك أن الموت إذا اتصل بالمرض صار المرض موصوفاً بأنه مميت ، إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئاً

(١) اعتمدنا في تعريف الامتداد على ابن عابدين الخامس في أول الوصايا ، والثاني في طلاق المريض مرض الموت ، وفتح القدير الثالث في طلاق المريض مرض الموت ، والبدايع في أحكام المدة ، وبحث الأستاذ الجليل كامل بك مرسى في مجلة القانون والاقتصاد .

فشيئا ، وترادف الآلام وقتا بعد وقت ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضا هو جزء من الطريق الذى ينتهى بالموت ، فكان الموت اذن مضافا الى المرض من وقت نزوله بالمريض ، وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الانسانية له إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى هذا يكون الموت قد ابتدأ يذب فى الجسم من وقت حلول المرض به ، وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، كما ابتدأت خلافة الوارث فيما يملك المريض من ذلك الوقت أيضا ، واذن فقد ابتدأت الزمة لاتصلح لتعاق الديون بها ، فصار حق الدائنين متعلقا بالأموال ، لا بها ، كما أوجبت الخلافة التى ابتدأت بديب الموت فى جسم المريض ، فيتعلق حق الوارث بما له أيضا . وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء فى استيفاء ديونهم ، وحق الورثة فى خلافة المريض فيما يملك يتملكان بأمواله من وقت مرضه ، فيكون حينئذ قد تعلق بمال المريض مرض الموت حق الدائنين وحق الورثة ^(١) .

١٩٣ — بيد أن الحقيين يختلفان فى معنى التعلق ، فحق الدائنين الغرض من تعلقه بالمال المتسكن من الاستيفاء ؛ ولذا تعلق حق الدائن بمال المريض معنى لاصوره بمعنى أنه لم يتعلق بأعيان الأموال وذواتها ، ولكنه تعلق بماليتها أى مقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التى يقومها به المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة من ديونهم ، ويؤدوا الدين للدائنين ؛ كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها ، ويجبر الدائنون على قبوله ، ولو كانت حقوق ^(٢) الدائنين متعلقة بذوات التركة ماساخا للورثة أن يأخذوا ويؤدوا الدين بغير رضاهم .

أما حق الورثة فهو لأجل خلافتهم عن المريض ويكون بعد الديون ، وقد

(١) راجع فى هذا المعنى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص

١٤٢٧ ، ١٤٢٨ .

(٢) راجع فى هذا كشف الأسرار الرابع ص ١٤٣١ .

اختلف فقهاء الحنفية اختلافا نظريا في تعلق حق الورثة بمال المريض اذا مات من مرضه . أهو حق للملكية من كل وجه بظهور ان المرض مرض الموت ، أم حق الملكية من وجه دون وجه ، أم هو حق الارث لاحق الملكية ؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال ان حق الوارث حق ملكية من كل وجه ، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت . وقال آخرون من المتقدمين أيضاً ان حق الورثة ملكية من وجه قبل الموت ، لأنه اذا مات المريض ثبت الملك مستنداً الى وقت ثبوت المرض . فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الاستناد أو ما يعبر عنه الفقه الحديث بالأثر الرجعى ؛ ويسمى ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه ، هو وجه الاستناد . والفرق بين هذا الرأي وسابقه أن الرأي الأول يقول ان ظهور كون المرض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأعيان ملك الورثة . أما الرأي الثانى ، فيقول ان الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، ولكن الملكية تثبت مستندة الى أول ظهور أعراض الفناء ، وهو وقت حلول المرض ، ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين ، فهما متحذان في أن الحق الثابت للورثة في أموال المريض حق ملكية — هذا مذهب المتقدمين في حق الوارث ، أما مذهب المتأخرين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية ، ولكنه حق في الأثر والخلافة ، وليس حق ملك بل الملك يستمر لصاحبه ، ولكل وجهة نبينها تنمياً للموضوع :

استدل المتقدمين في ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق . بالحديث وبالإجماع ، أما الحديث ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم » أى تصدق باستبقاء ملككم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم ؛ أخبر عن منة الله سبحانه وتعالى على عباده بأنه استبقى لهم الملك في ثلث أموالهم ، ليكون وسيلة الى الزيادة في أعمالهم بالصرف في وجوه الخير ، وآخر أعمارهم وقت مرض

الموت ، فدل هذا على زوال ملكهم عن الثلثين ؛ إذ لو لم يزل لم يكن ليمين بالتصدق عليهم بالثلث ؛ إذ لا يكون التصديق بالثلث إلا حيث منعوا من غيره ؛ وبذا فهم الصحابة والفقهاء جميعاً ، وإذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين ؛ فانه يؤول إلى ورثته ، لأنهم خلفاؤه في أمواله ، ولأنهم أقرب الناس إليه .

ولقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لعائشة ابنته وأم المؤمنين وهو في مرض موته : لقد كنت نخلتلك سجاداً عشرين وسقاً من مالى بالعاليه ، وانك لم تكونى حزنه ولا قبضته ، وانما هو اليوم مال الورثة^(١) فدل هذا بصريحه على أن حق الورثة في مال مورثهم المريض هو حق الملكية . ولقد كان مثل هذا مما لا يفتى فيه بالرأى ، فلا بد أنه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم .

وأما الاجماع فهو اجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ في أكثر من الثلث في حق الأجانب ، وتبرعه للوارث لا ينفذ في شيء إلا بإجازة الورثة ، حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه ، فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يزول إلى الورثة على ما قد بينا .

هذه أدلة المتقدمين فى ادعائهم أن الملكية للورثة تثبت من وقت ظهور مرض الموت ، وأن حقهم هو هذه الملكية . وأما دليل المتأخرين الذين يقولون ان حق الورثة ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط ، ولا يصير حق ملكية إلا بالموت بالتفعل فهو الاجماع على أن المريض ان تبرع بأكثر من الثلث نقض تبرعه بعد موته ، فتوهم انه ينقض دليل على أنه انعقد وأبرم وكانت له كل

(١) جذه معناه قطعه وقدره ، والسوق مقدار حمل بعير ، فالمنى وهيتك مقدار عشرين حمل بعير ، ولكن لم تقبضيه ، فلم ينتقل الملك اليك . وأنه ملك الورثة لأنه مريض . استدلل بهذا الأثر على أمرين (أحدهما) أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، لأنه قال انك لم تقبضيه ، فلم تملكه ، و (ثانيهما) أن أموال المريض مرض الموت ملك لورثته ، وليس له الا الثلث .

الآثار في حال الحياة ، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم في حياته الحق في الملكية ، وإنما حقهم في الميراث وثبوت الملكية بعد الوفاة .

وهناك دليل آخر معقول ، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلاً عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثاً ، ويكون له كل حقوق الوارثين ، فلو كان حق الورثة في الملكية وقت مرض المريض وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ولم يكونوا أهلاً للميراث (كعبد أعتق أو غير مسلم أسلم) حق في الميراث ؛ لأنه ملك باق الورثة أيضاً . ولو كان الحق حق ملكية ما كان لهؤلاء الحق في نقض ما تبرع به مورثهم ، ولكن ثبت أن لهم الحق ، ولا يمكن أن يكون حق ملكية وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيراً لحقهم فهو حق في الميراث بشرطه ، وذلك كاف لإثبات كل هذه الحقوق التي للوارث^(١) .

وان اعطاء الوارث حقاً في مال المريض حال حياته ؛ إنما هو فرض وأمر اعتباري ؛ لكى يستقيم منطق الأحكام ، وتتسق المبادئ الفقهية ، إذ كان له الحق في اجازة بعض التصرفات التي تصرفها الميت في مرض موته ، ولا تنفذ إلا بأجازته مع صدورهما في حياة صاحبها ، فانه إذا كان له ذلك بعد الوفاة فلا بد أن تقرر له حقاً حال الحياة ، حتى يمكن أن يعود بالنقض على هذه التصرفات ، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التي يتصور معها ثبوت حق الاجازة بعد الموت ، فيكتفى في ذلك بفرض حق الارث له في حال حياة المورث ، لأن الأمور الفرضية لا تقرر إلا بمقدار الضرورة الفكرية التي تضطر الباحث إلى فرضها ؛ ليستقيم منطق الأحكام ؛ وتأخذ المبادئ بعضها بحجز بعض .

§ ١٩٤ — وحق الورثة سواء أكان حق ملك كما يقول المتقدمون أم حق

(١) اعتمدنا في هذا الخلاف وأدلته على البدائع الجزء الثالث ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

وقد استنبطنا بعض هذه الأدلة من ثنايا السطور استنباطاً .

الورثة فقط كما يقول المتأخرون يتعلق بثلاث التركة فقط أما الثالث فهو حق خالص للمريض مادام لم يكن عليه ديون ، فإن كانت عليه ديون ، حق الدائنين مقدم ، وحق الورثة في ثلث الباقي بعد إيفاء الدين . والمريض له ثلث الباقي بعد الدين ، لأنه لا تركة إلا بعد وفاء الدين . أما قبل وفائه فالحق للدائنين ، وقد بينا أن حقهم متعلق بمالية التركة لا بذواتها ، بمعنى أنه إن سلمت لهم قيمة التركة من الورثة ، فليس لهم أن يطالبوا بما وراء ذلك . أما حق الورثة فقد قال الصحابيان انه متعلق أيضا بمالية التركة لا بأعيانها سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبي أم بالنسبة للوارث ؛ ولذلك يصح عندها أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة ، لأن ذلك لا يضر بحق الورثة ؟ إذ سلم لهم حقهم ، وهو قيمة الجزء المبيع من التركة . وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة ، أو كما يعبر الفقهاء متعلق بالأموال صورة ومعنى . وذلك لأن حقهم في تصرف المريض مع غير وارث سببه أن يضمّنوا سلامة ثلثي التركة لهم ، وثلثا التركة يقدّران بالقيمة ، فصار الحق متعلقا بقيمة التركة ، أى بمعناها أو بماليتها لا بصورتها وأعيانها . أما حقهم في منع تصرفه مع الوارث فسببه أن يضمّنوا انه لم يؤثر بعض الورثة على بعض ، لأن الله وزع الموارث في كتابه ، وكل من قصد غير ما في كتاب الله تعالى رد عليه قصده ، وإن الاشارة كما يكون بالحياة بأموال يقدمها ، يكون بأعيان يمتثلها له ، ولو أعطاه إياه بقيمتها ، فخشية أن يكون قد حاياه بأن اختار له عيون ماله ، ولو باعها له بقيمتها أو أكثر جعل للورثة حق في أعيان التركة وذواتها ، بالنسبة للوارث ، وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض تسير على نظام منطقي واحد ، إذ أن أحد الورثة لو أراد أن يختص بأحدى أعيان التركة بقيمته لا يتم له ذلك إلا برضا الورثة ، لذلك إذا أراد المورث في آخر حياته ، وقد تعلق بالتركة حق الارث أن يختص أحد ورثته ببعض أموال

التركة بقيمته كان لابد من رضا باقى الورثة ، وبهذا تبين أن حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع بعضهم متعلقا بالتركة صورة ومعنى ^(١) .

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتعلقان من التركة بالجزء الذى يكون بعد قضاء حاجات المورث فى الحياة ، وما يلزم لتجهيزه بعد الوفاة ^(٢) ، فحق التداوى ، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفراش وغير ذلك لا يصح أن يمنع منه ؛ لأن حقه فى قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواء ، وليس لأحد عليه من سبيل فيه .

١٩٥٩ — الى هنا بينا حق الدائن والوارث فى مال المريض ، وحق المريض فى ماله ، ولنتقل إلى آثار هذه الحقوق كلها فى تصرفات المريض ، فزى أحيانا حقه يغلب فى التصرف فيجوز ، وأحيانا نرى حق الدائنين فى استيفاء ديونهم يغلب فيمنع ، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث فى حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث اليهما ، ولذا يكون الحجر على التصرف الذى يظن أنه يمس الدائن والوارث ، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض ، فتلك الدائرة هى موضع الحجر ، والمنع ، وهى دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعامل ، ولقد كان ذلك دافعا لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض للاحتياط ، واتخذت الشبهة فى بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع ، كما سترى فى الاقرار للوارث ، ونحو ذلك ، وخلاصة القول فى التصرفات الممنوعة والتصرفات غير الممنوعة من تصرفات المريض ؛ أن التصرفات الجائزة التى لا تحتاج الى اجازة الورثة هى التصرفات التى لا تعد من التصرفات المالية وان جاء المال فيها تبعا ، والتصرفات المالية التى تكون اشباعا لحاجة من حاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال

(١) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ونقل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية ، لا بهن التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبي ، وحال التصرف مع الوارث ، ولم يذكر خلافا ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) راجع شرح السراجية .

التركة ، ولكن تمس منافها أو أرباحها .

١٩٦ — وعلى ذلك تنفذ تصرفاته الآتية ، ولا تحتاج إلى إجازة الورثة

بعد وفاته .

١ — النكاح فينمقد النكاح من المريض نافذاً غير متوقف على إجازة أحد ، ولومات في مرضه هذا ما كان لورثته أن يتعرضوا لزواجه بنقض^(١) ، ويثبت لزوجها مهرها بشرط ألا يزيد عن مهر المثل ، فإن زاد أخذت الزيادة حكم التبرع ، وإن مات وهي زوج له فللزيادة حكم الوصية للوارث على ما ستعلم ، وإذا تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئاً ثبت لها ما سمي أو مهر المثل ، ويكون ديناً عليه في حكم ديون الصحة ، وهي التي تثبت عليه في صحته أو في مرضه بينة صحيحة ، ولم تثبت بأقراره منفرداً . وإنما جاز نكاحه ؛ لأن النكاح من التصرفات التي لا يمد المال فيها مقصوداً ، وقد ذكرنا أن تصرفاته غير المالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها ، وكما يصح زواجه يصح طلاقه وتطلق امرأته غير أنه إن طلقها بائناً من غير رضاها تستحق ميراثها ويعتبر فاراً غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته في العدة عند أبي حنيفة وأصحابه ، ومقيد بدم زواجها بغيره قبل موته ، عند أحمد وابن أبي ليلى وغير مقيد بشيء عند مالك ، وقال الشافعي لا تستحق الميراث^(٢) .

ب — شراء الأدوية وحاجاته التي لا يستغنى عنها سواء أكانت من أجنبي أم من وارث ما دام لم يكن هناك محابة في الشراء بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس به عادة ، وفي شراء ضرورياته من الوارث اضطربت عبارات الكتب ، ولكن الصحيح أن شراؤه ما يلزمه من وارثه صحيح ما دام لا محابة فيه . وقد جاء في جامع الفصولين ما نصه : « أن مريضاً لو اشترى من وارثه بمعاينة الشهود ثمنه جاز كشرائه من أجنبي ، والوارث يخالف الأجنبي في الاقرار . أما فيما ثبت عياناً فهما سواء ، ولم يذكر خلاف ؛ فهذا دل على جواز شراء المريض من

(١) جامع الفصولين الجزء الثاني في أحكام الرضى .

(٢) راجع كتاب الأحوال الشخصية المطول لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

الوارث عند الكل^(١) . ومن هذه العبارة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث يصح ما دام خالياً من الحاباة ، ويثبت الثمن ديناً على المريض إذا كان الشراء بمعينة شهود ، وبذلك يختلف عن الاقرار بالدين للوارث^(٢) .

ح - الاجارة والاعارة فيملك المريض أن يؤجر لغيره ، وأن يعير أعيان تركته لغيره ، وليس لورثته بعد موته أن يعودوا على اجارته فينتقضوها ، وعلى من أعار له عيناً مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع ، وذلك لأن له التصرف المطلق في المنافع ؛ إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة وحق الدائنين متعلق بقيمة هذه الأعيان على نحو ما بينا ، فليس حق واحد من الفريقين متعلقاً بالمنافع ، فالمنافع خالصة لصاحب الأموال . ومن جهة ثانية فالمرور عند أبي حنيفة وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقلين^(٣) ، فإذا مات المريض في مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها اجاراته واعاراته ، فالعقود على المنافع إذن لا تمس حقوق الورثة في حال من الأحوال في مذهب الحنفية ، فلا حاجة الى اجازتهم ومثل الاجارة والاعارة المزارة والمساقاة ؛ لأن هذه كلها عقود على المنافع وهي سائغة له لا يتصل بها حجر .

د - عقود الشركة ، فإذا عقد شركة مع غيره ، فالعقد صحيح ولو كان فيه غبن عليه بالنسبة للرجح ؛ لأن حقوق الورثة والدائنين تتعلق برءوس أموال الشركة ، ولا تتعلق بأرباحها ، إذ أرباحها كنفاً لصاحبها ، إلا إذا تسلمها أو دخلت ملكيتها في ذمته ، ففي هذه الحال تصير جزءاً من رءوس أموال التركة ، وقبل

(١) راجع جامع الفصولين الجزء الثاني في بيع المريض مرض الموت .

(٢) قد رأينا كثيراً من كتاب الفريضة في عصرنا يذكر أن أحكام المراء من الوارث كأحكام البيع منه من كل الوجوه ، وذلك لا يخلو من تسامح .

(٣) خالف أبو حنيفة بقية الأئمة ، فقد قرروا جميعاً أن عقد الاجارة لوارث كمقد البيع ، لأنه عقد لازم والعقود اللازمة لا تبطل بموت أحد العاقلين . والقانون المدني على هذا في اجارة الأشياء ، الا ما استثناء منها .

ذلك فهي غيب ، وان عقد الشركة في ذاته لا يضير الورثة في شيء ؛ لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد ؛ لأن عقود الشركات جميعاً تتضمن التوكيل ؛ لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلاً عنه وبموت أحدهما ينعزل الحى عن وكالة الميت ، فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة . وعلى ذلك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءاً من ماله لغيره ليعمل فيه ، ويكون الربح بينهما مناصفة مثلاً سحت المضاربة وكان الربح مناصفة ، ولو كان في ذلك غبن على المريض ؛ لأن ذلك ربح ، ولا حق للدائنين أو الورثة في الربح قبل دخوله في ملك المريض . ولقد جاء في جامع الفصولين ما خلاصته : « مريض دفع ألفاً الى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح ألفاً فأت ، وأجر مثل العامل أقل من حصته في الربح ، وعلى المالك دين محبط فله مضارب نصف الربح يبدأ به قبل دينه ؛ لأنه متبرع بمنفعة ماله ، إذ الربح ليس بمتولد من ماله ، وله أن يتبرع بمنفعة ماله ؛ إذ حق الغرماء والورثة لا يتعلق بالمنافع . . . واذا لم يسم للمضارب شيئاً ، فله أجر مثله يضرب مع الغرماء ؛ إذ حقه يجب ديناً بسبب لا تهمة فيه . وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها أجر » ^(١) .

هـ — الخلع فالخلع من المريضة صحيح ، ولو ماتت في مرض موتها ، ولكن بالنسبة لبطل الخلع يخشى أن تكون قد آثرته من بين ورثتها به ، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعاً من ناحية ، فيأخذ حكم الوصية على ما سنبين ، ولذلك اذا ماتت في العدة كان الذى يستحقه الخالع الأقل من هذه الأمور الثلاثة : (١) ميراثه منها لو كانت زوجاً له ، (٢) ثلث تركتها (٣) بدل الخلع المذكور في الخالعة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقداراً . وان ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث

(١) وتراه فرق بين ما اذا كان المضارب قد اشترط مقداراً شيئاً من الربح ، وبين ما اذا كان قد استحق أجرة ؛ فالأول يكون حقه أسبق من الدائنين لأن حقه متعلق بهين الربح ، والثاني يكون حقه ديناً ، فيكون كسائر الديون .

التركة وبذل الخلع أى أنه يأخذ بدل الخلع بشرط ألا يزيد عن ثلث التركة^(١).
 ١٩٧٨ — هذه هى التصرفات التى لا يرد عليها الحجر الا بالقيود وفى الأحوال
 التى ذكرناها ، أما التصرفات المالية الخالصة التى تمس رأس مال التركة بالنقص
 فتلك هى موضع الحجر ، وموضع المنع بالقدر الذى لا يضار معه دائن ولا وارث ،
 ولا يصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها ، فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر
 عن محتمل أن يناله الضرر ، باعطائه الحق فى اجازة التصرف ، ان كان التصرف
 يمس حقه وان كان لا يمس حقه فهو بمنجاة من رفضه ، أو اجازته ، واشترط لثبوت
 هذا الحجر أمران : أحدهما أن يكون التصرف قد صدر فى مرض يغلب فيه الهلاك ،
 كما بينا ، وثانيهما أن يموت الشخص فى مرضه هذا ، وعلى ذلك اذا تحقق أحد
 الأمرين دون الآخر بأن صدر التصرف من الشخص فى المرض ، وقبل أن يتحقق
 الثانى وهو الموت ، فما لأحد على تصرفه من سبيل ، لأن تحقق كون المرض مرض
 موت لم يتم ، ولا حجر قبل أن تبين ذلك . فاذا مات الشخص فى هذا المرض
 تحقق الأمر الثانى ، فيثبت المنع مستنداً الى وقت المرض بأن تعرض كل التصرفات
 التى صدرت من ذلك الوقت على الوارث أو الدائن اذا كانت تمس ما لهذا من حق
 استيفاء الدين ، وما لذلك من حق الارث ، ويكون المريض فى هذه التصرفات
 كالقضى ، وهؤلاء أن يجيزوها فتضى ، أو لا يجيزوها فتنبطل ، وفى حال
 اجازتها تكون صحيحة مستندة فى محتها الى وقت صدورها وإذا لم يجيزوها بطلت .
 ولقد قسم الفقهاء أقوال المريض التى تمس الدائنين والورثة الى قسمين أقوال
 اخبارية تثبت حقوقاً مالية ، وهى اقرارات المريض ، والثانى تصرفات انشائية
 تثبت حقوقاً مالية لم تكن ثابتة من قبل .

١٩٨٨ — وحكم اقرار المريض أنه ان كان لأجنبى كان صحيحاً ، غير أنه
 يتأخر عن استيفاء الديون عن الديون التى تكون ثابتة من غير اقرار ، وهى
 الديون التى تسمى ديون الصحة ، وهى تشمل الديون الثابتة قبل المرض باقراره

(١) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المريض ، وكتاب الأحوال الشخصية
 للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

في صحته ، أو التي ثبتت بعد المرض بحجج وبيّنات ، أو التي بانسر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود كقرض اقترضه أو ثمن أشياء اشتراها ، أو مهر نكاح عقده في مرضه ، أما ما ثبت من الديون باقرار المريض في مرضه فانه يسمى دين المرض ، ويكون متأخرا في الأداء عن ديون الصحة .

وان كان الاقرار بدين لو ارث فلا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة ، لأنه عسى أن يكون ذلك الاقرار لا يثار ذلك الوارث بهذا المقدار من التركة ، والوارث الذي لا يصح الاقرار له هو من قام به سبب الارث عند الاقرار ، وكان وارثا بالفعل عند الوفاة ، فإذا أقر لامرأة لم تكن زوجها له ثم تزوجها نفذ اقراره ، لعدم قيام سبب الارث عند الاقرار ، وإذا أقر لأخيه ، وله ابن يحجبه عند الاقرار ثم مات ذلك الابن قبل أبيه ، فورثه الأخ المقر له لم ينفذ الاقرار ، وقال احمد بن حنبل ان الوارث الذي لا يصح الاقرار له هو من كان وارثا وقت الاقرار لو مات ساعتها المقر ، سواء استمر ارثه الى الوفاة أم لم يستمر ، لأن العبرة في ذلك هو في صدور الاقرار مصحوبا بالتهمة ، ولا يكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الاقرار بأن كان وارثا بالفعل ساعتها ، وعلى ذلك لا ينفذ الاقرار لأخيه اذا كان وارثا له وقت الاقرار ثم جاء له ابن حجبه من الميراث وقت الموت ، لأن الاقرار اذا أبطل فلتهمة ، ووقتها هو وقت صدوره ، فيصدر باطلا .

§ ١٩٩ — وحكم التصرفات الانشائية المالية أنها ان كانت لا تقبل النقص ولا يرد عليه الفسخ كالعتق ، فهي تصدر من المريض في حكم المعلقة على الموت ، فهي قبل الموت غير نافذة أو في حكم غير الموجودة ، بمعنى أنه ان أعتق عبدا ثم مات يتبين بالموت أنه ما كان يسوغ الاعتاق ، فيعطى عتقه في حال الحياة حكم الاعتاق المعلق على الموت ، فيعتق العبد بعد الموت ، ويسعى بقيمته للدائنين ان كانت التركة مستغرقة ، ويسعى بما تزيد قيمته به عن ثلث التركة ان لم تكن التركة مستغرقة . وانما أعطيت تلك التصرفات حكم التصرفات المعلقة ، لأنها لا تقبل النقص ، فإذا فرضناها نافذة في الحياة ثم جعلنا للورثة ابطالها بعدم الاجازة بعد

الوفاة ، فقد فرضناها قابلة للفسخ ، وذلك لا يتفق مع الوصف الشرعى الذى أعطاه الفقهاء اياها ، ففرض مايتفق مع ذلك الوصف ، وهو كونها معلقة .
وأما التصرفات المالية التى تقبل الفسخ كالهبة والوصية والبيع والشراء والصدقة والوقف ، فانها من المريض ذات أحكام متشعبة ليس موضع بيانها هنا ، بل عند بيان أحكام هذه العقود فى أبوابها فى كتب الفقه فليرجع اليها هنالك مفصلة ، ولكننا هنا نذكر القواعد التى يعود اليها التفصيل ، مع ملاحظة أن تلك الأحكام لا تكون إلا بعد الوفاة أما فى حال الحياة فهى صحيحة ، وهى هى ذى القواعد :

ا — هذه التصرفات ان كانت لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، سواء أكانت تبرعاً صرفاً ، أم عقد مبادلة فيه محاباة أم مبادلة لا محاباة فيها قط ؛ بيد أنه يلاحظ أمران (أولهما) أنه إذا كان التصرف بيعاً بالقيمة بلا محاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازها صاحبان ، ولو لم يجز الورثة ، وأبو حنيفة لم يجزه ، وأساس الخلاف ما بيناه فيما مضى من أن أبا حنيفة يقول ان حق الورثة تعلق بأعيان التركة بالنسبة للوارث ، ففى اعطائه عيناً منها ولو بالقيمة فيه معنى الاشارة والوصية ، ولا وصية لوارث ، والصاحبان قالوا ان حق الوارث متعلق بالقيمة والمالية . وبالبيع يمثل القيمة سلم حق الوارث ، فلا وجه لتوقف البيع على ايجازته ، (ثانيهما) انه ان كان التصرف وفقاً يخرج من الثلث ، فان كان لوارث ، فان أصل الوقف ينفذ ، ولكن لا تصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثة وتصرف هم على حسب الميراث إذا لم يجيزوا ، ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حياً ، فإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له ، ولم يكن للورثة شيء ؛ لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه فى الوقف ، فشاركوه فيه أو أجازوه ، وإذا انتقل الاستحقاق لغيره ، لم يكن لهم فيه أى حق ، لعدم المحاباة . والوارث الذى لا تصح محاباته هنا هو الوارث فى باب الوصية ، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة .

ب — إذا كان التركة مستغرقة بالديون ، وفيها سداد لكل الديون أو لم يكن ، لحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم فكل تصرف من المريض لا يمس هذه

القيمة ، فهو نافذ ، وإن لم يجزوه ، وعلى ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أجازوها . وكل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان سيرا ، لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشتري أو نقص البائع بما يزيل الغبن ، لأن حقهم متعلق بالقيمة ، فيجب أن تسلم لهم ، وإذا باع أو اشترى بلا غبن أصلا لم يكن لهم أن ينقضوه ؛ لأن حقهم متعلق بالقيمة والمالية ، كما بينا ، وقد سلت لهم ، فلا وجه لاعتراضهم ، ولا لنقضهم ما أبرم . ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا شأن للورثة بالتركة ما دامت مستغرقة بالدين ، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة ، وإن كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها الا برضا الدائنين ، لأن لهم الحق في استيفاء ديونهم كاملة ، وعساهم يبقون العين في أيديهم ، حتى يستطيعوا بيعها في وقت تعلق فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء بدينهم .

ح — إذا لم تكن التركة مستغرقة بدين بأن لم تكن مدينة أصلا ، أو كانت مدينة بدين غير مستغرق ، وقد استوفى منها ، فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة التركة بعد الدين ، فكل تصرف للرئيس سواء أكان تبرعا أم مبادلة يمس هذين الثلثين ، فلورثة منعه ، حتى لا يمس حقهم في الثلثين ، وعلى ذلك فكل تبرع لأجنبي سائغ ، مادام في حدود الثلث ، وكل عقد مبادلة مع أجنبي بيع أو شراء نافذ من غير حاجة الى إجازتهم إذا لم تكن فيه محاباة أصلا أو كانت فيه محاباة يتسع لها ثلث التركة ؛ فإن كانت تزيد المحاباة عن الثلث ، فلورثة الحق في منع التصرف حتى تزول الزيادة التي مست الثلثين اللذين يجب أن يسلمها لهم .

هذه هي القواعد التي ترجع اليها تصرفات المريض مرض الموت الانشائية التي تقبل النقص والفسخ ، وهي الأصل في هذا الباب ، وقد بينها معتمدة على أصولها التي اشتقت منها ، فارجع اليها .

أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني المصري

٢٠٠٩ — مما تقدم يتبين أن الشريعة الاسلامية ما حدثت من عقود

المريض مرض الموت وتصرفاته لمعنى فى عقله أو فى أهليته من حيث هو كامل رشيد ، ولكن للمحافظة على حق الدائن والوارث ، ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم ، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة فى تركته سيرا وراء رغبة دافعة لا يشار بعض الورثة مخالفاً بذلك أحكام الارث ، أو اندفاعا وراء محبة أو شهوة ، باعطاء من لا يستحق أكثر مما له هو بحكم الوصية ، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته . ولقد كان نظام التوريث للمصريين^(١) خاضعاً للشريعة الاسلامية ، يستمد أحكامه منها ؛ بينما المعاملات المالية كلها خاضعة للقانون المدنى المستمد فى مجلته من الشريعة الفرنسية ، فلم يكن من الانسجام بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت المالية خاضعة لأحكام القانون المدنى الفرنسى ؛ إذ ذلك يفك عروة التماسك بين القوانين المصرية ، فيهدم بعضها بعضا ، ويكون الشارع المصرى كمن يهدم بيد ما يبنيه باليد الأخرى ، إذ يستطيع الشخص أن يتحلل من قيود الميراث وهو فى مرض موته ، ببياعات صورية أو غير صورية يعقدها ، أو هبات يعطيها من يشاء ، ويحرم بها من يشاء ، ويقسم تركته أوزاعا ، حتى لا يصل الى الوارث غير المجدود الا القليل ، أو لا يصل اليه قليل ولا كثير ، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الاسلامية ، إذ يتقيد بها الشخص أمام المحاكم الشرعية ، ثم يجد انطلاقه من قيده فى ظل القانون المدنى ، فيعقد ما شاء ، ويمنع من يشاء من ورثته تحت حمايته ، لذلك كان من اتساق الشرع المصرى أن كانت الوصايا خاضعة لأحكام الشريعة ، وأن تكون أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة أيضا من الشريعة ، لتستطيع أن تحمي أحكامها ، فتمنع المتعاملين من قيود التوريث فيها أن ينطلقوا

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية مخصصة بالنظر فى تركات غير المسلمين ، وما يتعلق بها من وصايا وتوريث ، وتقضى فى ذلك بمقتضى القانون الاسلامى الا اذا حصل اتفاق من الورثة على التقاضى أمام المجالس المالية . وذلك بمقتضى الخط المهابونى العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ .

الى الظلم ، وقصد ما لم يشرعه كتاب ولا سنة .

٢٠١ — وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة من الشريعة ، ولكن لم يذكر حكم تصرف المريض مرض الموت مستأنسا بالشريعة ، قابسا قبسة منها إلا فى البيع فى المواد ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، وهذا نص هذه المواد الثلاث :

المادة ٢٥٤ — لا ينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو فى حالة مرض الموت — لأحد ورثته ، إلا اذا أجازاه باقى الورثة .

المادة ٢٥٥ — يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع .

المادة ٢٥٦ — فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشتري بناء على طلب الورثة اما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ماقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع ، وللمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين .

هذه نصوص القانون التى تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى ، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخى لهذه المواد هو الشريعة الاسلامية ، إذ ليس لهذه المواد نظير فى ينبوع الذى استقى منه القانون المصرى مواد ، وهو القانون الفرنسى ، وهى من جهة ثانية تتحد فى الجملة مع أحكام الشريعة القراء . بيد أنه ينبغى لنا أن نلاحظ ملاحظتين فى موضعين اختلفت حولهما أنظار شراح هذا القانون ، وتضاربت حولهما أحكام المحاكم وقتنا طويلا . (أحدهما) ما تراه بادى الرأى من أن المادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعى ؛ لأن الحكم القهقى لا يجعل البيع لأجنبى موضع طعن الوارث إلا إذا كان فيه محابة تجاوزت الثلث ، فلورثة حينئذ الحق فى الطعن ، لكى يسلم الثلثان لهم ، وهما حقهم فى الميراث . أما المادة ٢٥٥ فقد جعلت لهم بظاهرها الطعن فى البيع إذا كان المبيع نفسه قد تجاوز الثلث ، ولو كان البيع بمثل القيمة ، أو بغير سير ، ولا تشترط لجواز الطعن أن تكون فيه محابة تجاوزت الثلث كما هو حكم

الشريعة الغراء . وقد اختلفت في هذا أنظار الشراح ، فمنهم من قال ان القانون اللدني خالف في هذا الشريعة ، ولا مانع من أن يخالف الشارع ما جعله مصدراً تاريخياً لجزء من القانون ؛ فهو يتخير من ذلك المصدر ما يراه أصح ، ولقد رأى الشارع المصرى أن يحتاط في هذا المقام فجعل للوارث الحق في الطعن في أى تصرف يسمح بخروج عين من أعيان التركة تتجاوز قيمتها ثلث التركة ، وعسى أن يكون البيع صوريا ، ولم يقبض البائع ثمناً ، ورأى فريق آخر أن تخرج تلك المادة تخرج الشريعة ؛ لأنها مجملة ، والشريعة هى التى تفصل ذلك الجمل ، بل انها إذا اقترنت بالمادة التى تليها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة ؛ لأن المادة التى تليها وهى المادة ٢٥٦ جعلت مدى طعن الورثة ينتهى الى تخيير المشتري بين فسخ البيع ، أو يدفع لهم ما يتم به ثلثا التركة لكي يسلم لهم الثلثان ، وإذا كان هذا مدى الطعن ، فعنى هذا الطعن ومغزاه هو أن يتأكد الورثة سلامة الثلثين بمقتضى القانون ، وذلك هو حكم الشريعة نفسه ، ولئن كانت العبارة فيها اضطراب أو إبهام ، فالأصل التاريخي يزيله أو يفسره . وقد ذكر الرايين المرحوم فتحي زغلول باشا ، فقد جاء في شرحه تعليقا على حكم المادة ٢٥٥ ، ٢٥٦ ما نصه : « هذا الحكم أشد من مأخذه ، وهو الشريعة الغراء ؛ لأنها لا تقضى بالفسخ أو التكملة إلا إذا كان البيع بغير فاحش ، وكان المبيع ^(١) زائدا على ثلث مال البائع والسبب فيه كراهة القانون بيع المريض لأجنبي ، هذا هو ظاهر النصوص ، وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة في هذا الموضوع ، وأن الأول جرى على حكم الثانية ، فنص في المادة ٢٥٥ على جواز الطعن ، وبين حكمه في المادة ٢٥٦ . فقرر أنه لا ينتج إلا فسخ البيع في الكل أو تكملة ما نقص عن ثلثي المال بخيار المشتري ، فلو باع المريض كل ملكه ، ولم يكن هناك عين ، فلا وجه للفسخ ، أما إذا وجد العين ، ونقصت به قيمة الثلثين ،

(١) صوابها أن العين نفسه يكون زائدا على ثلث مال البائع ، فزيادة المبيع عن الثلث أو نقصه ليست موضع النظر إنما موضع النظر هو زيادة العين عن الثلث .

فالتكلمة أو الفسخ .

وعندنا أن الرأيين واردان وأن إيجاز القانون ، وعدم تدقيقه في اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذى أدى الى هذا الخلف ، وإن كانت قواعد التفسير تقضى بترجيح رأى الأول ؛ لأن عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط في سابقه ترك لهذا الشرط ، وإطلاق للحكم ، كما لا يخفى ^(١) .

ويرى حلى عيسى باشا في كتابه البيع أن التفسير الأول هو الصحيح ، ويعمل ذلك بأن الشارع المصرى احتاط بالنسبة للبيع للأجنبي خشية أن يكون البيع هبة أخذت صورة البيع ، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع ، وهو مريض في عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ، وليس لديهم من الأثبات ما يتمكنون به من بيان أنه ماتسلم ثمنًا ، وإن عقده تبرع فى صورة بيع . فأعطاهم القانون حق الطعن مطلقًا إذا زادت قيمة المبيع عن ثلث التركة ، فإذا طعنوا فى أصل البيع ، وألغى عبء إثبات تسليم الثمن على المشتري ، وثبت للبينات والحجج أن الثمن وصل الى المريض ، أو أنه قد وصله ما يحمل الثلثين سالمين للورثة أجزى البيع ، والاخير المشتري بين الفسخ أو سد النقص فى الثلثين ، وفى الحق ان ذلك يكون تنفيذًا لفكرة الشريعة من طريق غير طريقها فى الترافع ^(٢) .

(١) شرح القانون المدنى هامش صفحة ٢٢٨ وبحث تصرفات المريض مرض الموت المنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى السنة الثامنة للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

(٢) استخلصنا هذا المعنى من كتاب البيع للأستاذ حلى عيسى باشا فقد جاء فيه : « ان الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقا آخر غير طريق المعربة الاسلامية فى اعتبار القدر الجائز التبرع به ، وهو النظر للبيع لا للثمن فان المعربين يعتبرون القدر الحائز فى به الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية ، فأراد واضع القانون للمصرى أن يحمل المبيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام ، فان كان البيع لأجنبي يخرج من ثلث التركة نفذ ، والا جاز للبائع أن يلزم المشتري بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثي مال التوفى ، وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل ، وموافقة لمذهبه فى الهبة الموصوفة ببيع ، فان من الصعب معرفة القدر المتبرع به اذا أقر البائع فى عقد بيع بمحاباة ، أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة بإثبات ذلك بشهادة الشهود ؛ لأن فيه مخالفة لقواعد الاثبات » راجع كتاب البيع ص ٣٠٧ وبحث الأستاذ الكبير محمد كامل بك مرسى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة .

وكما اختلف الشراح ذلك الاختلاف اختلفت المحاكم أيضاً فمنها من أخذ برأى حملى عيسى باشا ، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن القانون سلك مسلكا يخالف مسلك الشريعة فى المحافظة على سلامة الثلثين للورثة . ومنها ما أخذ بالرأى الذى يفسر المواد بما يتفق مع طريقة الشريعة فى المحافظة على حق الورثة بتوقف البيع على اجازتهم اذا كان فى البيع غبن فاحش زاد مقداره عن الثلث ، وبحكمة الاستئناف من هذا الرأى ^(١) .

٢٠٢ — هذا هو الموضع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت . أما الموضع الثانى ، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع ، ولم يتصد لسواه ، فلم يذكر شراء المريض ، كما لم يذكر ابراهه ، وقراراته سواء أكانت لوarith أم لأجنبي ، فهل يرجع فيها للشريعة بالقياس على البيع ، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة ، ولأن اقراراته وابهاده تأخذ حكم الهبات . ويحكم فيها بمقتضى الشريعة فى الجملة ؟ اختلفت المحاكم فى ذلك أيضا . فبعض المحاكم قصر الحكم على مورد النص ، واعتبر التصرف الذى أعطى فيه المريض حكما خاصا فى القانون المدنى هو البيع ؛ فيقتصر عليه ، لأن المريض كامل الأهلية ، فلتصرفاته أحكام كاملى الأهلية ، ولأن النص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يجيء على خلاف القياس لا يعلل النص فيه ، ولا يقاس عليه غيره ، ولو أراد الشارع أن يأخذ بكل أحكام المريض مرض الموت التى اختلفت الشريعة بها لنقلها جملة اليه ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقصره على بعضها دليل على أنه ما أراد غير ما اختاره ، وما قصد غير ما نقله ، فاذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الأحكام التى أعطيتها فى الشريعة كان ذلك تحميلا للنصوص ما لا تحتل ، وكان فوق ذلك مجافاة لقصد الشارع فى تخصيص ما ذكره بتلك الأحكام . وبعض المحاكم يرى أن تقيد تصرف المريض مرض الموت بما لا يضر

(١) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرسى للنوّه عنه .

بالوارث يجب ألا يقتصر على ما نص عليه فى القانون بل يعدوه إلى تصرف
تتحقق فيه المضارة بالوارث ، وخصوصاً فى نص عليه الفقه الإسلامى ، وذلك ؛
لأن النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التى تقضى بعدم
نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التى تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية ، فقصر
النص على البيع لا يمنع شمول ماعداه ، لأنه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم
على كل التصرفات التى تضر بالوارث كالإقرار لأحد الورثة فى حال المرض ، ولا بينة
سوى الإقرار من المريض ، وكالشراء من وارث بمحاباة ، أو الشراء من الأجنبى
بمحابة تجاوزت الثلثين ، وهذا والنص معلل ، فما من نص فى القانون إلا وله علة
باعتة عليه ، وحكمة دافعة اليه ، والعلة هى : بلاريب منع الضرر الواقع على الوارث
من تصرفاته سواء أكانت انشائية أم اخبارية ، ولا يتصور أن الشارع أتى
بنص من غير علة له ، والا كان عابثاً . وإن هذه العلة تتحقق فى غير البيع
للوارث بأكثر مما فى البيع أحياناً ، فهى واضحة فى إقراره لوارث بمال لم تقم عليه
أى بينة ، ولم يوجد عليه أى دليل سوى هذا الإقرار ، فهو يدخل فى المنع بدلالة
الأولى لوضوح العلة فيه أكثر من البيع . هذا ولم يوجد نص فى القانون يبين
أحكام تصرفات المريض مرض الموت فى غير البيع ، ولا جائز أن نقول أن أحكام
الصحيح تشمله ؛ لأنه باتفاق فقهاء الشريعة قد حد من تصرفاته بما يحفظ للورثة
حقوقهم ، ويعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الأهلية يرد عليها بالتقييد ،
فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح ، لأن هذا حرите مطلقه فى التصرفات
إذا لم يتعلق بها حق غيره أما ذاك فحرته مقيدة ، لتعلق حق الورثة بماله . وإذا
كان القانون لم يأت بنصوص تبين سائر تصرفات المريض مرض الموت فالتضاء
مأمور بتطبيق قواعد العسلل والانصاف بمقتضى المادة ٤٩ من لأهنة ترتيب
الحاكم الأهلية ، وليس أعدل من إحاطة المورث ، وهو فى مرض الموت بسياج
يمنعه من إصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة ^(١) .

(١) استخلصنا أدلة الفريقين من المحاكم مما سافه الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل
مرسى بك من أحكام فى بحث المريض مرض الموت النوه عنه سابقاً .

٢٠٣ — هذا وان تناول المحاكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت في أحكامها جعله موضع بحث واستنباط وتقص في الفقه الحديث ، فأتسع نطاق البحث فيه ، وكثر التفتن في تحليل أحكامه ، والكشف عن مدفون آراء الفقه الاسلامي فيه ، وتتبع دقايقه ومراميه ، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة ، وجرى فيه دم غزير أمده به الفقه الحديث ، وهكذا كل موضوع يتناوله التطبيق الحر ، ويأخذه بالعمل الفكر المستقيم ، فلقد كان تشعب الأنظار وتقارب الآراء واحتكاكها مضيئاً لجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصلحية . وكل كان موقفاً في اتجاهاته ، لا يبعد عن سميت الشريعة وطرقيها الا في القليل النادر جداً^(١) والنادر لا يعطى حكماً ، ولا يطفى على ما في الكثير مما يوجب الثناء والاطراء .

الولاية

§ ٢٠٤ — تكلمنا فيما مضى على أحد المنصرين اللازمين لنفاذ العقد ؛ وهما الأهلية والولاية ، فتكلمنا في أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء في حال فقدتها ، وفي حال قصورها ، وقلنا ان كمالها بالبلوغ والرشد ، ثم تكلمنا في أهلية المرأة وأهلية المريض مرض الموت . ومناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد صالحة لأن يقصد بها معاني العقد ، فعنى الأهلية في العقود منتجها إلى صلاحية العبارة في ذاتها لأن تنعقد بها التصرفات أو لا تنعقد ، فإذا

(١) ومن ذلك القليل النادر ما جاء في أحد أحكام محكمة الاستئناف من « أنه اذا أوصى شخص لأخفاده بمقدار نصيب والدم المتوفى في تركته ، فلهم بعد موته نفس الحقوق التي لكل أولاد ذلك الجد ، وعليهم نفس الواجبات ، ومن هذه الحقوق أن يميزوا أو يحتنوا عن اجازة البيع الصادر من جدم لباقي أولاده في مرض موت جدم . وقد ألنت المحكمة حكم المحكمة الابتدائية التي قضى باعتبار أولاد ابن المتوفى موصى لهم ، لا وريثة ، واعتبار البيع الصادر عن الجسد عدولاً عن الوصية في المقدار المبيع » راجع في هذا بحث الأستاذ كامل بك مرسى . وعندي أن هنا لا يؤيده فقه ، ولا يعتمد على قانون ، بل يناقضه الفقه الاسلامي ، والقانون المصري ، ولكن يلاحظ أن الباترة التي أصدرته فيها عضوان انجليزيان والثالث مصرى .

انعقدت العقود بعبارة شخص كان عنده أهلية أداء كاملة أو قاصرة ، وإن لم تكن عبارته صالحة لأن تعقد بها العقود لم تكن عنده أهلية أداء أصلا .

هذه هي الأهلية ، أما الولاية فمعناها أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد ، وترتيب آثاره عليه ، وتلك السلطة قد تكون بالإصالة ، وقد تكون بقيام الشخص على شئون غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع الشريف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده ، أو بوصاية من أبي الشخص أو جده ، أو القضاء ، وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن ونايته ، كما في التوكيل بالبيع والشراء والنكاح ونحو ذلك . ومن هذا يتبين أن ولاية العاقد على العقد تكون لأحد أسباب ثلاثة :

١ — الإصالة فيها بأن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون لكامل الأهلية إذا عقد لنفسه فكل الأهلية يثبت معه حتما الولاية التامة على شئونه نفسه ، فالبالغ العاقل الرشيد له الولاية التامة على شئونه وعقوده وتصرفاته لا يحد منها إلا ما يتعلق بحق الغير .

٢ — أن يكون للشخص ولاية على غيره بولاية شرعية يعطيها له الشارع ، وهي لا تكون إلا للأب أو الجد أو الأب^(١) أو بوصاية من قبل الأب أو الجد أو القاضى ، وهذا النوع من الولاية يثبت في عقود فاقد الأهلية أو ناقصها لهؤلاء الأقارب أو للوصى الذى يعينه الأب أو الجد أو القاضى ، ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات حدها الشارع ملاحظا مصلحة المولى عليه المادية والمعنوية ، وموضع تفصيل هذا فى الأحوال الشخصية ، فليرجع اليه هنالك .

٣ — أن تكون ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن ، ويتبين ذلك فى الوكالة وأحكام العقود بسببها .
وإذا عقد الشخص ، وعنده أهلية أداء ، ولم تكن له ولاية لعدم وجود

(١) وتكون فى النكاح للأب والجد ، وسائر العصبات .

سبب من أسباب الولاية السابقة ، فهو فضولى ، فالفضولى من يتصرف تصرفا أو يعقد عقدا ليست له ولاية عليه .

وقد بينا سبب الولاية الأول فى الكلام على أهلية الأداء ، ولنترك الكلام على السبب الثانى ؛ لأنه مفصل فى الأحوال الشخصية ، وبيانه هناك أليق وأنسب ، فلنتكلم على السبب الثالث ، وعقود الفضولى .

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

§ ٢٠٥ — الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم ، فالعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد بمقتضى الولاية الشرعية أو الوصاية ؛ إذ أن الذى عقد لأجله العقد له سلطة فى إقامة العقاد مقامه فى الوكالة ، اذ الوكيل يتولى ولاية العقد بالاستمداد من ولاية الموكل الذى يعقد له . وفى الوصاية والولاية الشرعية لا يستمد العقاد السلطة من عقد له ، بل يستمدها من اعتبار الشارع له نائباً عن القاصر الذى يعقد عنه ؛ لأن القاصر ما أعطاه سلطة ، وليس له فى إقامته ارادة ، بل الذى أعطاه تلك السلطة هو الشارع .

٢٠٦ — والقانون الرومانى لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة الا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة فى اثبات حقوق له ، فاعترف بتولى هذين عقوده بالنيابة على شرط أن تتحقق تلك النيابة فى إثبات كونه دائماً صاحب حقوق ، لا مديناً تثبت عليه الحقوق والالتزامات ، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك ، فاعترف بعقود يتولاها الوكيل عن غيره معتبراً الوكالة ، على أن تنحصر آثارها فى أن يكون الموكل مديناً تثبت عليه الحقوق ، ولا تثبت له بمقتضى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط ، فلم يعط القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره للموكل الحق فى أن يطالب من عقد معه وكيله بحكم العقد وحقوقه ، بل يتولى ذلك الوكيل ، وإن أعطى ذلك القانون فى آخر أدواره من عقد معه الوكيل الحق فى مطالبة

من وكله بحقوق العقد عليه^(١) .

فلما خلف الفقه الحديث من بعد القانون الروماني اعترف بالوكالة وأساغها ، بيد أنه لا زال القانون الفرنسي لا يجيز التوكيل في عقود الزواج والتبني ، والاقرار بالبنوة الطبيعية والوصية ، وحيث لا يجوز الأخذ بأقوال وكيل ، كذلك لا يجوز الأخذ بأقوال رسول في هذه المسائل أيضا^(٢) .

٢٠٧ § — أما الشريعة الاسلامية فقد اعترفت بالوكالة كاملة ، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعى له آثار يرتبها الشارع عليه تجوز فيه الوكالة ، فكل ما يجوز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود له أن يوكل فيه ، ولم يستثن شيء من العقود ، ولا التصرفات الا الأعمال القانونية التي اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن بنفسه^(٣) كاستيفاء القصاص من الجاني ؛ فان الشارع قد جعل لولي له سلطانا فيه دون سواه ، فلا يقبل التوكيل فيه . وبقية التصرفات والعقود الشرعية تقبل فيه الوكالة ، وقد ذكر صاحب الهداية ضابطا لما تجوز فيه الوكالة من العقود ، فقال : « كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه ، جاز أن يوكل غيره به » فالشريعة كما ترى أوسع الشرائع رحابا وحرية في الوكالة أجازتها في كل عقود التجارة ، وفي عقود الأنكحة ، وسائر التصرفات كالوقف والاعتاق والطلاق والخلع وغير ذلك مما يملكه الشخص ، ويمكنه الانابة فيه بحكم الشارع ، وذلك لأنه قد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه وكل غيره في عقود مالية ، ولم يعرف أن هذه خصوصية له فتكون عامة ، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضميرى في تزويجه عليه السلام من حبيبة وهى بالخبشة ، بل لقد ثبت أن الأمة الاسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة في الجملة ؛ لأن الحاجة داعية اليها ، فان من الناس من لا يمكنه فعل كل ما يحتاج اليه بنفسه ،

(١) و (٢) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهوري بك هامش صفحة ٢٠٨ ،

(٣) ومثله الشهادة ؛ فان الانابة فيها لا تصح ؛ وكذلك العيّن . وغير ذلك من المسائل التي لا يقبلها الشارع الا من الشخص نفسه .

فاحتاج الى وكيل يقيمه مقامه كما أن « من الناس من لا يحسن البيع والشراء ، ولا يمكنه الخروج الى الأسواق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتفرغ له ، وربما لا تليق به التجارة لكونه امرأة ، أو ممن يتعير بنوعها ، ويحط ذلك من منزلته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الانسان » (١) .

§ ٢٠٨ — والوكيل ينال الولاية على العقد من الموكل ، كما ذكرنا ، ولذا يجب أن يكون للموكل ذا أهلية للعقد الذى يعقده وكيله بتوكيل منه فيه ؛ لأنه يستمد القوة منه فيه ، وينفذ العقد بتمكين الموكل منه ، فيجب أن يكون هو أهلاً له ؛ اذ فاقد الشيء لا يعطيه لغيره ، والضابط فى ذلك أن كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه ، وكان التصرف مما يقبل النيابة صح أن يوكل فيه أى شخص سواء كان رجلاً أم امرأة وسواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، ومناط الضابط كما ترى امتلاكه للتصرف بنفسه فيما يوكل فيه ، فما لا يملكه بنفسه لا يملك التوكيل فيه . وعلى ذلك لا يصح التوكيل من المجنون ، والصبي الذى لا يعقل أصلاً ؛ لأن العقل من شرائط أهلية الأداء ، فليس عند هؤلاء أهلية أداء ، فلا يملكون التصرفات بأنفسهم ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة ونحوها ، ويصح توكيله بالتصرفات النافذة منه كقبوله الهبة لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه ، فيملك التوكيل فيه الى غيره ؛ وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة ، فان كان مأذوناً بالتجارة يصح منه التوكيل فيها ؛ لأنه يملكها بنفسه بمقتضى ذلك الاذن ؛ وان لم يكن مأذوناً ينعقد توكيله فى العقود القابلة للنفع والضرر موقوفاً على اجازة وليه أو وصيه (٢) ، والسفيه وذو الغفلة يجوز توكيلهما فى كل ما يملكانه بأنفسهما من غير توقف على اذن القائم على شئونهما ، فيصح منهما التوكيل بالنكاح

(١) المبنى الجزء السادس ص ٢٠٣ .

(٢) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

والطلاق والوقف على النفس والذرية ومن بعدهما على الفقراء ، والوصية بما لا يزيد عن الثلث اذا كانت على غير وصايا أهل الفساد ، وهكذا .

هذا ما يتعلق بما يجب توافره في الموكل ، أما الذي يجب توافره في الوكيل ، فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عبارته لأن يتعقد بها عقود ، بأن يكون ذا قصد معتبر في انشاء مطلق عقد ، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه ، وهو أن يكون عاقلاً سواء أكان بالغاً أم غير بالغ ، وسواء أكان رشيداً أم سفياً ، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً عن غيره ؛ لأن عبارته صالحة لأن تتعقد بها العقود ، وهو يفهم معانيها في الجملة ، ولكن عقودها الضارة به لا تنفذ عليه رعاية لمصلحته ، ورحمة به خشية أن يؤذيه ضعف الصغر ، والعقود التي تقبل الضرر والنفع احتاجت الى إذن الولي ليجتمع رأيها . وقد خالف الشافعي رضى الله عنه في صحة التوكيل للصغير ، وذلك هو مقتضى قاعدته القائلة : ان كل شيء حرج على الصغير فيه لا يتعقد اذا تولاه هو ، وقد حرج الصغير المميز عن العقود ، فلا تتعقد منه لنفسه أو لغيره ، وقد بينا ذلك فيما مضى .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم ، وهو أن الحرج على الصغير المميز ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود ، بل لحفظ أمواله ، وعجزه عن ادارتها بمقتضى صغره ، فضم اليه من يعينه ويهديه ويريه ، وهو الولي أو الوصي . ولقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيهم من يكرهني » ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني ، فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولقد قالوا انه كان في ذلك الوقت صبياً^(١) مميزاً ، ولم يكن قد بلغ الحلم ، فدل هذا على صحة اقامته وكيلا في النكاح ، والنكاح أخطر العقود ، وأبعدها أثراً في حياة العاقلين .

٢٠٩ — والوكيل إذا تمت واكلته يعقد العقود التي يعقدها بمبارته هو ،

لا بعبارة الموكل ، وإرادته هي العنصر الداخلى فى تكوين العقد بتلاقيا مع إرادة العاقد الآخر ، وليست إرادة الموكل هي العنصر المسكون ، وهذا ما تصرح به كتب الحنفية ، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهاءهم . فقد جاء فى الزيلعى ما نصه : « الوكيل أصل فى العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا ، وقضيته أن يكون الحاصل بالعقد واقعا له ، غير أن الموكل لما استثناه فى تحصيل الحكم جعلناه نائباً فى حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده » ومثل ذلك جاء فى البدائع وفتح القدير وغيرهما ، وهذا يدل على أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة ، فالوكيل اذن على هذا المذهب يعقد بإرادته لا بإرادة موكله ، وما عساه يكون عيبا فى الرضا يتعلق بإرادته هو لا بإرادة الموكل ، فأكراهه يفسد العقد ، كما أن هزله يفسده أيضا إذا كان من العقود التى يؤثر فيها الهزل والأكراه ، وله شرط الخيار لنفسه ، وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ اذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن العقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه ، وتبين أنه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا ، والعبرة فى الرضا هو رضا العاقد ، وهو الوكيل هنا .

§ ٢١٠ — وإذا كان العاقد يعقد بإرادته المستقلة ، وهى العنصر الداخلى فى تكوين العقد لا إرادة الموكل ، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع الى الوكيل ؟ وقبل الاجابة عن هذا السؤال نوضح الفرق بين حكم العقد وحقوقه : حكم العقد المراد به هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقلين قبل الآخر ، وحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، والتمكين لكلا العاقلين مما أعطاه له العقد وضمان سلامة المقود عليه ، وأنه وفق الأوصاف التى وصف بها ؛ ولذا يعد من حقوق العقد فى البيع تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بخيار العيب ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وضمان رد الثمن اذا تبين أن المبيع لم يكن ملكا للبايع وقت البيع وغير ذلك ، أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشتري للبيع ، واستحقاق البايع للثمن المذكور فى العقد .

وبعد هذا التقریب الذى يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه نبين الى من يرجع حكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل . اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع الى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه ، أم أضافه الى موكله ؛ لأن الوكيل ما عقد لنفسه ، بل عقد لغيره ، فهو ما تولاه أصيلا ، بل تولاه نائباً عن غيره ، ومقتضى هذه النيابة التى لا بست العقد ولم تفارقه أن تكون أحكام العقد للأصيل لا للوكيل ، والا كان عاقداً لنفسه لا لغيره ، وما يكون وكيلا ، بل يكون أصيلا ، وذلك غير القرض .

أما حقوق العقد فهى ترجع الى الوكيل اذا أضاف العقد الى نفسه ، وكان العقد مما تصح اضافته الى الوكيل بحيث لا تمنع إضافته ^(١) الى الوكيل أن تتول أحكامه الى الموكل ، ويبان ذلك أن العقود قسمان عقود لا تصاف الى الوكيل قط ، بحيث لو أضيفت اليه صار العقد من كل الوجوه اليه ، كمقد النكاح والهبة والقرض والاعارة ، وهذه العقود قسمان : (أحدها) عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها ، وهى عقود النكاح والخلع وما يشابهها من العتاق والطلاق ، وهذه لا يمكن أن تضاف الى الوكيل ، لأن أسبابها تتصل فوراً بآثارها ، فلم تقبل أن يكون

(١) يشبه العقد الذى يضاف الى الوكيل لا الى الموكل نظرية الشخص المستعار فى القوانين الحديثة ، أو نظام الأصيل المستور فى القانون الانجليزى ، وقد جاء فى كتاب نظرية العقد لأستاذنا السنهورى بك ما نصه : « فى هذا النظام يتصادف النائب باسمه شخصيا مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير ، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذى تعامل معه انما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً ، فان الأصيل المكنوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير التى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة . ويسرى فى حقه العقد الذى باشره نائبه ، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية العاقدین محل اعتبار . وما دام ثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل أن يتعامل معه أو مع غيره ، وهذا النظام الانجليزى هو فى الواقع مرحلة الى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية ، فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزى ، فيسمح بهذا الرجوع » اهـ والفرصة فى أنها جعلت الحكم فى العقود المضافة الى الوكيل يرجع الى الموكل والحقوق ترجع الى الموكل قد أخذت أعدل ما فى النظريتين بجعل الحكم فيه للأصيل والحقوق ترجع للوكيل .

سببها للوكيل ، وأثرها للموكل ؛ بل يجب أن يكون كلاهما لشخص واحد لئتم الاتصال بين السبب والأثر ، فلم تصح إلا مضافة للموكل ، وليس للوكيل فيها إلا النطق بصيغة العقد ، ولذلك قالوا ان الوكالة فيها سفارة ، وليست وكالة حقيقية ؛ إذ الوكيل فيها ليس إلا سفيراً ومعبراً ، وما ذلك شأن الوكيل المطلق . (ثانيهما) عقود لا تتم إلا بالقبض ، وهى الهبة والصدقة والاعارة ، والقرض ونحوها ، وهذه يكون الوكيل فيها أيضاً سفيراً ؛ لأن الوكيل يجب أن يضيفها الى الموكل ، ولأن القبض جزء متمم للعقد ، وقبضه لا يكون قبض اصالة ، إذ الملك وهو الحكم ثابت للموكل فيجب إذن أن يكون نائباً في القبض وهو جزء العقد ، فيكون نائباً فيه كله ، فلا بد أن يضيف العقد الى الموكل ، ويكون أيضاً سفيراً ومعبراً ، بخلاف البيع وأخواته في ذلك ، فان الوكيل فيها مستقل بانشاء العقد ، فان أضافه اليه لم يمنع ظهور أحكامه للموكل ، إذ قالوا ان الحكم يثبت في البيع ونحوه للوكيل ، ثم ينتقل للموكل ، على ما سنبين ، وذلك كله غير متحقق في العقود التى لا تتم إلا بالقبض . وبعد بيان هذه الأقسام نقول ان العقود التى لا تكون مضافة الى الوكيل ترجع الحقوق والأحكام فيها الى الموكل ، لما بينا من أن الوكيل فيها يتولى كل شئ بوصف كونه نائباً ، فهو فى الحقيقة سفير ومعبر . أما العقود التى تضاف الى الوكيل ، وليس من خواصها ما يمنع هذه الاضافة ، فان حكم العقد يكون للموكل ، وحقوقه تكون للوكيل ، ولا تذكر كتب الخلاف الفقهي خلافاً فى هذه المسألة . ولكن كتب الحنفية يذكر فيها خلاف الشافعى^(١) ، وتقول انه

(١) يعقد الأستاذ السنهورى بك مقايضة بين مذهب أبى حنيفة ، ومذهب الشافعى ، فيقول ان مذهب أبى حنيفة يقرب من القانون الرومانى ، ومذهب الشافعى يقرب من القانون الحديث ، ونحن نرى رأيه فى قرب مذهب الشافعى من القوانين الحديثة ، ولكن نخالفه كل المخالفة فى قرب مذهب أبى حنيفة من القانون الرومانى ، وذلك (١) لأن القانون الرومانى حتى آخر أدواره لم يجعل الموكل دائماً قط الا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة ، بينما مذهب أبى حنيفة يجعل الموكل دائماً باعطائه حكم العبد ، وحقوقه فيها لا يضيفه الوكيل الى الموكل ، (٢) ولأن أبى حنيفة أعطى الماقد الآخر حق مطالبة الوكيل ؛ لأنه أمامه ضمان لأحكام العقد ، اذ لا علم عنده بالأصيل فى حالة عدم اضافة العقد اليه (٣) ولأن جعل الحقوق =

يرى أن حقوق العقد كأحكامه ترجع في هذا النوع من العقود الى الموكل ؛ وتذكر حجته في ذلك كون الحقوق لا تنفصل عن الأحكام ، فلا تكون آثار العقد وأحكامه لشخص ، بينما حقوقه تكون لآخر ، اذ الحقوق تابعة للحكم ملازمة له ، فاذا ثبت حكم العقد لشخص ، فلا بد أن تتبعه لوازمه وتوابعه ، وهي الحقوق . وأيضا فان حقوق عقود المعاوضات التي تصح اضافتها الى الوكيل تماثل عقود النكاح واخواته التي يعقدها الوكيل غير مضيفها لنفسه في حكم الوكالة ، اذ الوكيل في كليهما لا يعقد لنفسه ، بل يعقد لغيره ، وقد جعلنا الحقوق تعود الى الموكل في هذه ، فكذلك الحقوق في تلك تعود الى الموكل ، ولا فرق بينهما . ويستدل الحنفية لرأيهم ، وهو رأى أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة الصادر عنه ألفاظا وعبارات مقصودة مفيدة لمعنى العقد ، فلا يصح أن ينسب العقد الى الموكل ، لأنه ليس فاعلا له ، والوكيل لم يضيفه اليه ، اذ لم يتكلم بعبارة يستفاد منها أنه في عقده حاك لارادة الموكل ، وملتق بعبارة العقد عليه ؛ فلا بد اذن أن تكون حقوق العقد وتوابعه التي بها يتم تنفيذ أحكامه ، ويتمكن كل من طرفيه من حقه — راجعة الى الوكيل ، لأن العاقد الآخر لم يعرف سواه . وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم أيضا للوكيل ، ولكن الشرع جعل الحكم يثبت للموكل ، لأن العقد ، وان لم يكن صادرا عنه ، ولم يضيف اليه ، قد صدر بأمره وانايته ، فكان الحكم له لهذا المعنى ، وكأن في عقد الوكيل الذي يباشره من غير أن يضيفه الى الموكل حقيقتين شرعيتين لابد من اعتبارهما معاً : الحقيقة الأولى أن الوكيل يعتبر هو العاقد ، وأن العاقد الآخر لا يعرف سواه ، فالعقدة والضمان اللذان أوجبهما العقد يكونان موجبهين الى الوكيل ، الحقيقة الثانية أن الوكيل ما عقد إلا تنفيذاً لأمر

== للوكيل انما هو في حال واحدة ، وهي ما اذا اُضيف العقد الى نفسه ، وذلك كما قلنا يشبه نظرية الشخص المستعار أو الأصيل المستور في الفوائن الحديثة . والحقوق والأحكام ترجع الى الموكل فيما يضيفه الوكيل اليه ، فلا قرب بين مذهب أبي حنيفة والهانون الروماني الا اذا كان القرب يقاس بالفراسخ والاميال ، لا بالاذرعة والأشبار .

الموكل ، وإعمالاً لاثابته عنه ، فجعل الفقهاء آثار الحقيقة الشرعية الأولى في أن كانت ضمانات تنفيذ العقد ، وسائر حقوقه على الوكيل ^(١) . وجعلت الحقيقة الثانية آثار العقد للموكل . وإنما جعلت الحكم للموكل ، وأعملت حقيقة النيابة بالنسبة له ؛ لأن الوكيل ، وإن عقد هو العقد لا يتصرف بولاية نفسه ، بل بولاية مستفادة من الموكل . فمن وكل شخصاً ببيع عين فولاية بيع العين مستفادة من الموكل ، فالحكم يكون له ؛ إذ بالبيع تخرج العين من ملكيته بهذه الولاية المستفادة منه ، ويحل محله استحقاق الثمن لقيم معنى المعاوضة ، فكان من أعمال حقيقة النيابة الشرعية أن يكون أصل الحكم للموكل . ويردون استدلال الشافعي بقياس ما يضيفه الوكيل إلى نفسه على ما لا يضيفه ، بأن الوكيل فيما يضيفه العاقد الى الموكل قد أرشد العاقد الثاني الى من ترجع تبعات العقد اليه ، فكان كالسفير والمعبر ، وبذلك يخلو من كل ضمانات العقد وتعهدهاته . هذا ويقررون أن الوكيل إذا لم يكن من أهل الضمان بأن كان محجوراً عليه ولو أنه ميز لا ترجع الحقوق في أى عقد اليه ؛ لأن رجوع الحقوق اليه ضمان وكفالة ، وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة ؛ لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه ؛ لذلك كانت الحقوق في العقود التي يتولاها بالنيابة عن غيره ترجع الى الموكل ، ولو أضاف العقد الى نفسه .

وقد قال بعض الفقهاء ان الوكيل إذا كان محجوراً عليه غير مأذون بالتجارة

(١) جاء في الوفاة ما يفيد أن حقوق العقد التي تكون في جانب العاقد تكون لازمة على الوكيل لا يستطيع التخلي عنها . أما الحقوق التي تكون في جانب الموكل فليست لازمة على الوكيل ، فقد جاء في الوكالة بالبيع والمراء « يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان : حق للوكيل ، وحق يكون على الوكيل ، فالأول كقبض المبيع والمخاصمة في الميب والرجوع بشئ مستحق (إذا كان وكيل المشتري) ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور ، لكن لا تجب عليه ، فإن امتنع لا يجرم الموكل على هذه الأفعال ؛ لأنه متبرع في العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه ، فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع (ان كان وكيلاً بالبيع) وتسليم الثمن (ان كان وكيلاً بالمراء) » ومن هذا يتبين أن رجوع الحقوق اليه من جهة الضمان ، فهو ضامن لحقوق العقد بالنسبة للعاقد الآخر الذي لا يعلم بالموكل . وغير ضامن لحقوق العقد بالنسبة للموكل الا بقدر أثر العقد ، وإن كانت له ولاية على هذه الحقوق .

وأضاف العقد إلى نفسه ، وكان العاقد الآخر لا يعلم أنه محجور عليه ، وأنه يتولى العقد بالنيابة عن غيره ، فله الخيار إما أن يبقى العقد أو يفسخه ؛ وذلك لأن شرط عقود المعاوضات ، وهى التى يجوز أن يضيفها الوكيل إلى نفسه — الرضا ، وقد اختلف الرضا هنا ؛ لأن العاقد ما أقدم على العقد إلا وهو يعلم أن تبعات العقد ترجع على من عقد معه ، فإذا تبين أنها ليست له فعنى ذلك أن الرضا لم يكن على أساس صحيح بتجهيل ليس من جانبه ، فيكون له الفسخ كالفسخ بخيار العيب . ولكن المروى فى ظاهر الرواية أنه لا خيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه ، لأن الجهل هنا ليس بعذر ، إذ كان يمكنه التحرى والعلم ، وخصوصا إذا كان الوكيل صبيا أو سفيا اشترى الحجر عليه ، فكان عليه أن يتحرى أعقد المحجور عليه باذن علم فى التجارة فترجع الحقوق اليه . أم بتوكيل من مالك خاص فترجع الحقوق إلى الموكل ، وما دام لم يتحر فإلجل تقصير منه ، فلا يكون حجة على غيره ، حتى يسوغ له فسخ العقد بمقتضاه .

٢١١ — ذكرنا فيما مضى العقود التى تكون الحقوق فيها راجعة إلى الموكل ، وهى العقود التى تضاف اليه . وواضح فيها رجوع الحكم وتوابعه للموكل ؛ لأن العقد مضاف اليه بأحكامه وتوابعها . أما اذا كان العقد مضافا إلى الوكيل ، فواضح أن الأحكام والتوابع تكون له ؛ لأن الاضافة اليه ، وهى تقتضى أن تكون الأحكام أيضا مضافة إلى الوكيل ، إذ الاضافة معناها نسبة العقد بكل آثاره اليه . ولكن الفقهاء يقولون ان الحكم يكون للموكل للمعنى الذى ذكرناه آنفا ويختلفون فى طريقة ثبوت الحكم له مع أن الاضافة لغيره ، وهو الوكيل ، وهو اختلاف نظرى ، ولكنه يعطينا فكرة الفقهاء فى سلطة الوكيل فى العقود التى يضيفها الى نفسه ، فنذكره لهذا ؛ ولأنه يبين رأى الفقه الاسلامى فى نظرية الشخص المستعار ، فى الفقه الحديث ، أو الأصيل المستور كما يسمى فى الفقه الانجليزى .

يختلف الفقهاء فى طريقة انتقال الحكم الى الموكل مع أن ظواهر الأمور

كلها تجعل العقد أحكاما وحقوقا للوكيل إذا أضيف إليه ، على ثلاث طرق :
الأولى طريقة أبى طاهر الدباس ، وهى أن الحكم يثبت للموكل بطريق الخلافة
عن الوكيل بمعنى أن الأصل أن يثبت كل شيء للوكيل بمقتضى اضافة العقد
إليه ، ولكن بمقتضى النيابة التى صار له بمقتضاها سلطان فى العقد ، يخلف
الموكل الوكيل فى أحكام العقد ، ويثبت الحكم ابتداء للموكل ، ولتقرب ذلك
يمثل نضربه وذلك أن العبد لا يملك ، بل هو وما ملكت يدها لسيده ، فإذا
استولى العبد على شيء مباح يكون الملك ابتداء لسيده بطريق خلافته للعبد فى
ذلك الملك ، فكذلك إذا اشترى الوكيل ؛ فإن ملكية المبيع تثبت ابتداء للموكل
بطريق أنه يخلف الوكيل فى هذه الملكية بمقتضى الوكالة ، فالأصل إذن بمقتضى
هذه الطريق أن الملك كان يثبت للوكيل ، ولكنه ثبت ابتداء للموكل بطريق
الخلافة عن الوكيل ، ونرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحليل لا يعملون الحكم
يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ، بل يثبت من أول الأمر للموكل ، كما
ثبتت الملكية بمجرد استيلاء العبد على المباح لسيده بطريق الخلافة عنه . وأكثر
فقهاء الحنفية يأخذون بهذا القول . وقال عنه صاحب الهداية انه الصحيح ،
ويمثل هذا جاء فى الغنى وذكر أنه مذهب أحمد والشافعى (١) .

الطريقة الثانية طريقة أبى الحسن الكرخى ، وهو يرى أن الملك يثبت
أولا للوكيل ثم ينتقل ثانياة الى الموكل بمقتضى اعمال النيابة ؛ لأن العقد صدر عن
الوكيل ، ولم يثبت نسبته الى الموكل فكان منسوبا بكل أحكامه وتوابعها للوكيل
أولا . ثم بعد صدوره يلاحظ أمر خارجى وهو النيابة عن الموكل ، وبمقتضاها
يثبت الحكم للموكل ، ويتقرر له . وقد قال الفقهاء مع ترجيحهم لطريقة أبى طاهر
الدباس ان كلام الكرخى هو الأصل ، وهو مقتضى اسناد العقد الى الوكيل .

الطريقة الثالثة طريقة القاضى أبى زيد ، وقد نقلها عنه الصدر الشهيد فقد
قال إن القاضى أبى زيد خالفهما ، وقال : الوكيل نائب فى حق الحكم ، أصيل فى

حق الحقوق ؛ فان الحقوق تثبت له ، ثم تنتقل الى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن في الحقوق ، ووافق أبا طاهر في الحكم^(١) ، والحق أن أبا زيد قد خالف في هذا ما قرره الاثنان من أن الوكيل ينشئ العقد بعبارة ، وأنه منسوب اليه حكما وحقا ، ولكن ثبت الحكم ابتداء بخلافة الموكل عند الدباس ، وبغير الخلافة ، بل بالانتقال بعد الثبوت للوكيل عند الكرخي فجاء القاضى أبو زيد وقرر أن الحكم ينسب من أول الأمر للوكيل بطريق النيابة لا بطريق الاصلية ، وإذا كان هو فيه نائباً ، فهو للموكل من أول الأمر بطريق الاصلية ، لا بطريق الخلافة ، ولا بطريق الانتقال ، أما الحقوق ، فقد واقعتهما في أنها تثبت للوكيل بما تضمنت الاضافة اليه من كفالة وعهدة .

§ ٢١٢ — هذه خلاصة أقوال الفقهاء النظرية في ثبوت الحكم للموكل دون الحقوق في العقود التي يضيفها الى نفسه ، والآن نريد أن نختتم تولى العقود بمقتضى الوكالة بالتنبيه الى أمرين :

أحدها — أن الوكيل في العقود التي يتولاها بمقتضى الوكالة مقيد بما قيده به الموكل لا يسوغ له أن يخالف ارادته ، ولا أن يعقد على شيء غير ما وصفه له ؛ لأنه يستمد الولاية في العقود التي يعقدها بالوكالة منه ، فان خالف ، فلا ولاية له على ما عقد بمقتضى هذه الوكالة ، وعلى ذلك اذا خالف الوكيل ، وعقد عقداً غير مقيد نفسه بما قيده به الموكل ، فان أمكن جعل العقد له حكماً وحقاً فهو له ، كأن كان وكيلاً بشراء شيء غير معين ولكن مقيد بوصف فاشترى غير هذا الموصوف ، وأضاف العقد الى نفسه ، فالشراء له ، لأن الحكم لا يتجه الى الموكل في هذه الحال اذ لا ولاية بمقتضى الوكالة ، فيكون الحكم له كالحقوق من أول الأمر .

وان لم يمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلاً ببيع ، ففي هذه الحال يكون

(١) راجع تكملة فتح القدير الجزء السادس ص ١٩ .

العقد موقوفا على اجازة الموكل الذى خولفت ارادته ، فان أجازته نفذ ، وان لم يجزه بطل .

الأمر الثانى — أن الوكيل لأجل أن تكون عقودة صحيحة يجب أن تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة ، حتى ينتهى العقد ، لأن أهلية الموكل ليست شرطا لإنشاء الوكالة فقط ، بل هى شرط لبقائها أيضا ؛ إذ الوكيل إذا خرج عن الأهلية سقطت ولايته على العقود ، فتبطل كل ولاية تستمد منها ، وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل ، فيجب أن تبقى أهلية هذا لتبقى ولاية ذاك ، وعلى ذلك إذا جن الموكل أو حجر عليه وشمل الحجر التصرف الذى وكل فيه بطلت الوكالة ، وكذلك إذا مات لأن الموت يحز كلى ، فلا أهلية أداء معه قط .

الفضولى

§ ٢١٣ — الفضولى^(١) هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة ، وكمن يشتري لغيره شيئا لم يوكله فى شرائه ، وليست له عليه ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره وهكذا من العقود وسائر التصرفات التى يتصرفها الشخص فى شيء من غير ولاية أو وكالة فيها ، فيعتبر فضوليا فى تصرفه .

(١) هذا هو الفضولى شرعا ، وفى اللغة قيل هو اسم لكل شخص يصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى منه كالأجنبي يزوج أو يبيع ، ولم يرد فى النسبة الى الواحد ، وان كان هو القياس ؛ لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأصبارى والاعرابى هكذا فى النهاية لابن الأثير . وجاء فى فتح القدير : غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه ، وما لا ولاية له فيه ، وهو كما ترى نسبة الى الفضول على القياس ؛ لأن الفضول ، والفضل الزيادة . وقد غلبت كلمة الفضول فى التعبير عن الزيادة التى لا خير فيها وقد جاء فى المغرب : علمت جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل :

فضول بلا فضل ، وسن بلا سنا وطول بلا طول ، وعرض بلا عرض
وعلى ذلك تكون نسبة الفضول الى الجمع ؛ لأن زيادة الفضول الذى يعرض لا يعنيه زيادة لا خير فيها ، ولعل ذلك من أسباب مغالطة القياس بالنسبة الى الجمع .

والعقد الذى يتولاه الفضولى يكون موقوفا على اجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز ، كأن يبيع الفضولى عقاراً لشخص رشيد أو لقاصر له أب يعرض شئونه أو يعقد الفضولى نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع اليها ويستأذنها فتنبيه ، فى كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولى موقوفا على اجازة ذى الشأن فان لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلاً كالخلع عن صغير مميز ، فان الخلع لا يملكه الصغير ولا يملكه الولى أو الوصى أيضاً ، فلا ينعقد العقد ؛ لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه ، اما التوقف يفيد اذا كان هناك من يملك اجازة العقد ، واعطاء الفضولى صفة الوكالة ، واخراجه عن حد الفضول .

واعتماد عقد الفضولى منعقداً موقوفاً بالنسبة لأحكامه على اجازة من له حق الاجازة ان وجد — هذا قول أبى حنيفة ومالك واحمد فى رواية عنه ، وخالف الشافعى وقال ان تصرفات الفضولى لا تنعقد ، بل تصدر باطلّة^(١) ، وتولد عبارات عقده ميتة ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فى حال الاجازة ، فانه اذا أجاز من له حق الاجازة اجازة معتبرة يعتبر العقد قد وجد بالعبرة التى عقد بها الفضولى ، وتكون الاجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ولا حاجة لإنشاء العقد بصيغة جديدة ، وهذا عند من يقول ان العقد منعقد موقوف . أما الشافعى الذى يقول انه لم ينعقد أصلاً ، فالاجازة عنده لا تلحقه ؛ لأن العبارة ولدت ميتة ، والاجازة لا تحييها .

٢١٤٨ — ووجه نظر الشافعى فى قوله ان عقد الفضولى باطل غير منعقد أصلاً: (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك »^(٢) فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على أن يبيع الانسان

(١) جاء فى المجموع فى تصرف الفضولى ما نصه : « ان مذهبا المشهور بطلانه ، ولا يقف على الاجازة ، وكذلك الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال ابو ثور وابن المنذر فى أصح الروايتين عنه وقال مالك يقف البيع والشراء والنكاح على الاجازة ، فان أجاز من عقد له صح ، والا بطل .

(٢) وقصة هذا الحديث ما قاله حكيم بن حزام فقد قال : « سألت رسول الله صلى الله

ما لا يملك لا ينعقد لأنه لا ينعقد صحيحا تصرف فيه نهى من الشارع الحكيم ؛ اذ النهى يقتضى الفساد ، والفساد لم ينعقد على مذهب الشافعى كما سنبين .

(٢) وأن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد العقود ، ولا ولاية الا بأن يكون العاقد ذا شأن فى العقد ، أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ؛ وذلك لأن شرط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادرا على تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له . فاذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد عقده ، ويصير كبيع غير مقدور التسليم ، وكبيع الطير فى الهواء ، والسماك فى الماء ، والوحش فى الفلاة ، ولا شك أن الفضولى الذى يتصرف من غير ولاية له ليست عنده القدرة الشرعية التى يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد ، فلا ينعقد اذن كما لم ينعقد العقد فى الأمثلة التى سقناها .

هذه وجهة نظر الشافعى فى قوله ، ووجهة نظر الحنفية والمالكية ، والحنابلة فى بعض الروايات ما يأتى :

١ — ماروى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقي دينارا ليشتري به شاة تكون أضحية فاشتري شاتين بدينار ، وباع احداهما بدينار ، فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار ، فأقره عليه السلام ودعا له بالبركة فى بيعه ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه ، ولا شك أنه فى بيعه احدى الشاتين كان فضوليا ؛ فلو كان هذا البيع لم ينعقد ما أقره النبي عليه السلام ، وما استحل لنفسه الدينار ، بل لأمره باعادته لصاحبه ، ورد الشاة ؛ لكنه أقره

عليه وسلم فقلت يا نبي الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، أأجاع له من السوق ؟ ثم أبيع منه ، قال لا تبع ما ليس عندك . ولقد ساق المجموع أحاديث أخرى تأييدا لرأى الشافعى منها أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك ، ولا وفاء نذر الا فيما تملك » .

وأجازة فدل هذا على أن عبارة هذا الفضولى ما كانت من لغو القول ، وما كان عقده باطلا ، وإذن فعبارة الفضولى تنعقد بها التصرفات والعقود ، وذلك هو المطلوب ، وهو النتيجة المقررة عند الحنفية ، ومن ذهبوا مذهبهم .

ب — أن تصرف الفضولى تصرف صدر عن أهله في محله ، فيجب القول بانعقاده ، وبيان ذلك أن الحنفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد يكفي فيه أن يكون محله قابلا لحكمه شرعا ، وأن يكون العاقدان ذوى أهلية للعقد بأن تكون عبارتهما مما ينعقد بها هذا العقد ، ولو لم تكن لأحدهما ولاية على العقد بأن لم يكن له قدرة شرعية عليه ؛ وذلك لأن صحة الانعقاد قوامها صحة التعبير ، والمائل ولو فضوليا يجب حمل عبارته على معناها ، اعتبارا للأصلح الذى لا ضرر منه على غيره ، وحسب الحال المائل على الإصلاح ، وفعل الخير ، وفي الحكم بانعقاد عقد الفضولى مصلحة له بعدم إلغاء عبارته ، من غير ضرر يلحق غيره ؛ إذ العقد سيقف على إجازته ، وفيه فوق ذلك ترجيح لاحتمال المصلحة على عدم احتمالها ، وإن الظاهر من حاله أنه قصد بهذا الفعل منفعة من عقد عنه ، وأنه يغلب أن تكون هناك صلة تربطها جعلته يتبرع له بعقد عقد يراه في مصلحته ؛ ليوفر له مؤنة البحث والطلب ، ويوصله الى البديل المطلوب من غير كلفة عليه ، فإن رأى صاحب الشأن أن الحال كذلك أجاز ، وإن لم يجده كما ظن الفضولى أو أساء الظن به لم يميز من غير ضرر يلحقه ؛ وفي الحق ان الحنفية ومن وافقهم اعتبروا الحكم بانعقاد عقد الفضولى من باب التعاون ^(١) الذى أمر الله به في قوله

(١) مما يدل على أن قول الحنفية بانعقاد عقد الفضولى يقوم على أساس التعاون بين الناس ما جاء في البدائع والزيلعي في كتاب البيع ، وما جاء في فتح القدير في البيع أيضا ولتنقل ما جاء في هذا الأخير مع طوله متصرفين بعض التصرف ، فقد قال رحمه الله في ردحجة الشافعي بأنه لا قدرة شرعية للفضولى : « قولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلبناه ولا يضر ، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته في الإجازة فيجوز قمله أو عدمه فيبطله — فذلك ممنوع ، ولا دليل عليه ، بل الدليل =

تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » ففرضوا أن الفضولى ما عقد الا لمصلحة أخيه ، وسارع من غير اذنه الصريح خشية أن تقوته ، فاعتبروا عقده منعقدا ؛ اذ لا ضرر فى ذلك ، وهناك ضرر محقق فى عدم اعتباره منعقدا ؛ لأنه اعتبار كلام العاقل لغوا ككلام المجنون ، وذلك ضرر معنوى يلحقه من غير مصلحة لغيره ، وهناك أيضا احتمال ضرر بصاحب الشأن ؛ لأنه عسى أن يكون فيه منفعة ويخشى القوت ، فان اعتبرنا العقد غير منعقد احتاج ذو الشأن ان رأى المصلحة فيه الى انشاء عقد من جديد ، وقد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره ، وذلك بلاريب ضرر محتمل من غير احتمال نفع ؛ فكان اذن من المصلحة التى لا ضرر فيها اعتبار عقد الفضولى منعقدا ، وتوقفه على اجازة صاحب الشأن .

§ ٢١٥ — هذه أدلة الفريقين ، وبعد هذا نختم القول ببيان اجازة صاحب الشأن تصرف الفضولى . لقد قال الفقهاء الذين قرروا ان تصرفه منعقد ، إن اجازة تصرفه تجعله كالوكيل ، فيعتبر التصرف كأنه صدر عن وكيل وقت صدوره ويصير للفضولى كل أحكام الوكيل ، فتتعلق به الحقوق إن كان العقد مما تتعلق حقوقه بالوكيل ، وتتعلق الحقوق بالموكل إذا كان العقد لا تتعاق فيه الحقوق بالموكل ، كالهبة والنكاح . ولأن الاجازة تجعل الفضولى وكىلا ، له كل

== دل على ثبوت الانقضاء ، لتحقيق المصلحة لكل من العاقد الفضولى والمالك والمشتري من الفضولى من غير ضرر ولا مانع شرعى . . أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكتفى بثبوت طلب المشتري ووفور الثمن . ونفاق سلمته وراخته منها ووصوله الى البذل المحبوب . ويكتفى المشتري وصوله الى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع ، والفضولى بصون كلامه عن الالغاء والاهداء ، بل يحصل له الثواب اذا نوى الخير لله تعالى واعانة أخيه والرفق به . ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر لكان الاذن فى هذا العقد ثابتا دلالة ، اذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يثبته أصلا . . لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة يثبته أن ينقذ العقد ؟ . لأننا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه ، وذلك هو الانقضاء موقفا على رأى المالك ؛ فثبت بهذا القدر ، فأما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به ، اذ ربما لا يريد بيعه فيثبت الضرر اه بصرف من فتح القدير الجزء الخامس ص ٣١٠ .

ولاية الوكيل في العقد الذي تولاه — قال الفقهاء إن الاجازة اللاحقة تكون كاللاذن السابق . ولكن لأن الاجازة من شأنها أن تقلب التصرف من تصرف موقوف الى تصرف نافذ ، وتنقل الفضولى من وصف الفضول إلى وصف الوكيل ، قالوا أيضا ان للاجازة حكم انشاء العقد .

ولذلك اشترطوا لصحة الاجازة أن يكون الفضولى حياً ذا أهلية ولو ناقصة^(١) ، لأن الاجازة تنقله الى صفة الوكيل ولا يصلح للوكالة إلا من كان حياً غير فاقد الأهلية ، واشترطوا وجود العاقد الآخر ؛ لأن أحكام العقد تنفذ بالنسبة له بعد أن كانت موقوفة ، فاحتسجت الاجازة الى وجوده ليكون ثمة من ينفذ في شأنه الحكم الذى لم ينفذ قبلها ، واشترطوا أيضا وجود المعقود عليه ، ليكون قابلا لحكمه الذى ينفذ بعد أن لم يكن .

ويلاحظ أن العقد قبل الاجازة غير لازم ؛ فللفضولى أن يفسخه ، وللعاقد الآخر أيضا أن يفسخه ، أما العاقد الثانى فلأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم ، إذ قد صدر عنه أحد شطرى الالتزام ، أما الشطر الثانى فلم يقرر ولم يثبت ، فيجوز أن يستمر ، ويعطى قوة الركن بالاجازة ، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض ، وكذلك للفضولى أن يفسخ العقد اذا كانت حقوقه ترجع اليه بالاجازة كهقد البيع والاجارة ، وكان ذلك له منعا لحقوق العقد التى تلزمه به بالاجازة ، اذ ستنقل صفته الى صفة وكيل ترجع حقوق العقد اليه . أما اذا كان ما عقده الفضولى من العقود التى لا ترجع فيها الحقوق اليه على فرض أنه وكيل ، لأن الوكيل فيها سفير ومعبّر كهقد النكاح فليس للفضولى قبل الاجازة أن يفسخ العقد ؛ وذلك لأنه معبر محض أى كناطق عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك ، فتصير الحقوق منوطه به ، لا بالفضولى ، فلا يلحقه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق به .

٢١٦ — وحكم عقد الفضولى فى القوانين الحديثة يتقارب من حكم عقده

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لا يشترطون وجود الفضولى حيا عند اجازة النكاح الذى عقده ، لأن الاجازة لا ترفعه الى مرتبة الوكيل التى ترجع الحقوق اليه ، بل ترفعه الى مرتبة السفير والمعبّر ؛ والتصير قد تم عند صدور عبارة الفضولى .

في الشريعة الاسلامية على مقتضى مذهب أبى حنيفة ومن أخذ به ، فهو موقوف على اجازة صاحب الشأن ، فان أجاز نفذ ، وان لم يجز بطل ، ويسمون هذا النوع من العقود الذى يصح بالاجازة العقود الباطلة بطلانا نسبيا ، ولقد ذكرت المادة ٣٦٤ حكم بيع الفضولى ، وهذا نصها :

« بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطل ، انما يصح اذا أجاز له المالك الحقيقى » فالقانون يعتبر بيع الشخص مالا يملك باطلا ، ولكن ليس معنى ذلك صدور العبارة مبنية غير قابلة للحياة ، بل معناه أنه يتوقف في وجوده وجوداً له أثر قانونى على اجازة صاحب الشأن ، وذلك موافق للشريعة الى حد كبير .

وان فقهاء التانون ينظر الى تصرفات الفضولى بعطف ، ويفرضون فيه حسن النية ولذا يكون في مرتبة تقارب مرتبة الوكيل في التصرفات النافعة ، ويعالون ذلك بما علل به الفقهاء وهو التعاون بين الناس ، وفرض أنه صديق ولى أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراد ايذاه^(١) .

تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين

§ ٢١٧ — ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى انشاء التصرفات التى تنشأ عنها التزامات بارادة منفردة ، أما العقود التى لا تتم إلا بتوافق إرادتين مظهرها الايجاب والقبول ، فان الأصل فيها أن يتعدد العاقد ، ليتحقق وجود الارادتين ، والربط بين الكلامين ، ولأن الأصل أن الشخص الواحد ليس له

(١) جاء في كتاب الارادة في العمل القانونى في تصرف الفضولى ما معناه : « ان من المقرر اجتماعيا أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ، وان المصلحة الخاصة ان اتسع شمولها تحولت الى مصلحة عامة ، وعلى ضوء هذا ينظر الى تصرف الفضولى ، ويكون أساس التقدير فيه : اذا لم يكن الفضولى أكان من الممكن أن يفعل رب المال في ماله ما فعله الفضولى أم لا ، هبى أملك منزلا ، وكنت على سفر طويل ، لحاء أحد الناس ليستأجره أو ليتناعه أ يكون من المصلحة أن يتولى الصديق اجارته أو يبعه بطريق الفضول ، أم يترك الفرصة وقد سنحت ، وهبى كنت مقبلا اذ حضر الطالب أ كنت أجيب أم أرفض ؟ ان الفضولى يجب أن ينظر الى تصرفاته على هذا الأساس » راجع ص ٣٠٩ وأنت ترى أن هذه نظرة المريعة على مقتضى المذاهب الثلاثة ، ولذلك جعلت تصرفه موقوفا .

قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذى يتكون بشطرين ، وفي اعتبار العقد منعقدًا بعبارة تحميل لها قوة الشطرين ، واعطاء الجزء حكم الكل . بيد أن النيابة قد ساغت في العقود ، فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره ، سواء أكانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدى وقاصرى الأهلية ، أم كان منشؤها وكالة اتفاقية . ويجوز في هذه الحال أن يكون الشخص وكيلًا عن عاقلين يريدان أن ينشئا عقدا بينهما ، أو وليا على شخصين ، ويرى من المصلحة أن يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوها ، أو وكيلًا من جانب ووليا من جانب ، ففي هذه الحالة تكون عبارته طاوية في ثناياها معنى عبارتين بلا ريب ، فهل الشارع الاسلامى يقر عقدا ينشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التى تثبت لنوعه ؟

§ ٢١٨ — لقد أجاز فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في النكاح ؛ فيجوز أن يكون العاقد واحدًا ينشأ بعبارة منفردة عقد النكاح ، وتنعقد به عقده ، فتثبت آثارها كلها به ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية العقد من الجانبين ، بأن كان أصيلا من جانب ووكيلا أو وليا من جانب آخر أو وكيلًا عن الجانبين ، أو وليًا على الجانبين كجد يزوج إحدى حفيداته من أحد أحفاده إذا لم يكونا أخوين وكانا يتيمين أو وكيلًا من جانب ووليًا من جانب . ففي كل هذه الصور أجازوا للشخص الواحد أن يعقد العقد بعبارته وتكون قائمة مقام عبارتين ، ولكن خالف في ذلك زفر والشافعى رضى الله عنهما ، وحجتهما في ذلك أن عقد النكاح يفيد نوعا من التملك ، ولا يتصور أن عقداً واحداً يكون مملكا ، وقابلا للتمليك معا ، إذ التملك نسبة تقتضى طرفين ، بل كل عقد لا يتم إلا بأرادتين يقتضى طرفين قابلا وموجبا ، ولا يعقل أن يقوم شخص بالصفتين ، لأن كل واحدة تقابل الأخرى ، ولا تجتمع معها ، هذا ومن جهة أخرى فالنكاح يشبه البيع ، وكما أن البيع لا يتولاه العاقد الواحد عن الطرفين كذلك النكاح^(١) .

(١) الفياص صحيح في نظر الشافعى ؛ لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد في البيع والبراء ونحوها لا ترجع الى الوكيل ، بل ترجع الى الموكل . وإذا كان لا فرق بينهما في =

واستدل للحنفية بما يأتى :

١ — قوله تعالى : « ويستفتونك فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها ، وهى ذات مال ، ووجه الاستدلال بها أن قوله تعالى : « لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » خرج مخرج العتاب على عدم إعطائهن ما كتب الله لهن عند الرغبة فى نكاحهن ، وذلك العتاب لا يكون له محل إلا اذا أمكن تحقيق رغبة ولى اليتيمة فى نكاحها مع عدم إعطائها ما كتب لها بسبب ذلك النكاح ؛ وانما يكون ذلك اذا كان للأولياء أن يزوجهن من أنفسهن ؛ لأن النكاح لا ينعقد نافذاً من اليتيمة ، بل نكاحها الى وليها ، فاذا كان لنفسه تولى من الجانبين ، فالعيب لا موضع له إلا اذا أجزأ أن ينكحها الولي من نفسه بعبارة ، وتقوم مقام الاثنين ، وهذا دليل على أن صاحب هذه الشريعة يبيح أن يعقد العاقد الواحد النكاح نائباً عن الطرفين .

٢ — ما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأُم حكيم : أتجعلين أمرى إلى ؟ قالت نعم . قال تزوجتك ، فعقد بلفظ واحد . وعن عقبه ابن عامر أنه قال عليه الصلاة والسلام لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة . قال نعم . وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وكان ممن شهد الحديبية روى هذا الحديث ابو داود^(١) .

٣ — أن النائب فى باب النكاح ليس بعاقد عقده بوصف كونه نائباً على أن ترجع الحقوق اليه ، بل الحقوق والأحكام تضاف الى من يعقد عنه ، سواء أكانت تلك النيابة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية ، بل هو كما يقول الفقهاء ، سفير عن العاقد ، ومعبّر عنه ، واذا كان معبراً عنه صارت عبارته كمباراة من يتكلم عنه ، فصار كلام العاقد الواحد الذى يتولى عن الجانبين

= ارجاع الحقوق ، فقد سوى بينهما فى هذا أيضا ، وإن كنا نرى أن التسوية كانت تقتضى أن البيع يكون كالتكاح فى أن كليهما يصح أن يعقده طرف واحد .

(١) راجع الزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ .

ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى في معناها عبارتين ، إذن تطوى في مضمونها إيجاباً عن أحدهما ، وقبولاً عن الثاني ، فكان المرأة قالت على لسانه زوجت نفسى ، والرجل قال على لسانه أيضاً قبلت زواجها .

وهذا المعنى لا يتأتى في البيع وأشباهه من العقود التى ترجع فيها الحقوق الى الوكيل ، ويصح أن تضاف صيغة العقد اليه ، ولذا لا يتولاها العاقد الواحد عن الجانبين^(١) .

٢١٩ — ما سبق كله إذا كان العاقد الذى تولى عن الجانبين له ولاية العقد من الجانبين ألا يكون فضولياً عن أحدهما ، ولا ينعقد العقد بعاقد واحد يكون ذا ولاية عن أحدهما وفضولياً بالنسبة للآخر ، فإذا كان وكيلاً أو أصيلاً أو ولياً بالنسبة لأحد العاقدين ، وفضولياً بالنسبة للآخر ، لا ينعقد عقده عنهما ، وبالأولى إذا كان فضولياً من الجانبين ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة ومحمد ، وأما مذهب أبى يوسف ، فهو جواز عقده عن الطرفين ، ويكون موقوفاً على اجازة صاحب الشأن الذى كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لهما . وحجة أبى يوسف فى ذلك أن عبارة العاقد ولو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لأحدهما ، قائمة مقام عبارتتين ، وهى تعبر عن شخصين ، فيجب أن ينعقد العقد موقوفاً ؛ وذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين فى نفاذ العقد ؛ لا فى انعقاده ، فينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين ، ويتوقف النفاذ على اجازة العاقد الذى لم يأذن . هذا والنكاح يشبه الخلع ، فيجوز فيه ما يجوز فى هذا ؟ ويجوز أن يقول الزوج بغير إذن زوجته خالعت امرأتى على كذا ، وهى غائبة ، فإذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها ، مع أنه كان فضولياً بالنسبة لها ، فدل ذلك على انعقاد الخلع بثولى واحد العقد ، ولو كان فضولياً بالنسبة لأحد

(١) راجع فى هذا الدليل البدائع الجزء الثانى ص ٢٣٢ . والزبلى الجزء الثانى ص ١٣٢ .
والهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٦ . ومقتضى هذا التعليل أن كل عقد تكون حقوقه راجعة الى الموكل ولا ترجع الى الوكيل ، يصح أن يعقده عاقد واحد عن الجانبين ، وهذا يشمل النكاح وكل العقود التى لا تتم الا بالتبش ، كالهبة والرهن وغيرها .

الطرفين ، فالنكاح مثله ، فيثبت له ما ثبت لهذا ، وينعقد بعبرة واحدة ، ولو كان صاحبها فضولياً .

هذه حجة أبى يوسف ، وحجة الطرفين (أبى حنيفة ومحمد) أن الأصل فى العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين ، ما دام لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين إذا كان هناك ما يدل على أنها قائمة مقام عبارتين ، وذلك بأقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لمبارته تلك الدلالة ، فما لم يوجد ما يدل على ذلك فالعبرة الصادرة ليست لإشطار للعقد ، أى ليست لإيجاباً فقط ، والإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان ، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس ، فلا يكون العقد موقوفاً على إجازة أحد ، وعلى ذلك إذا كان العاقد الواحد فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين لا ينعقد عقده أصلاً لا موقوفاً ولا نافذاً ، لأن عبارته أحد شطرى العقد أى الإيجاب ، إذ لا يصح أن تقوم مقام عبارتين لعدم إذن العاقد الثانى له ، حتى تقوم عبارته مقام عبارتين ، ولا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل فى غيبته من غير إذنهما ؛ لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين ، فكأنه إذا خالع فى غيبته بغير إذنهما قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع ، فى أى وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشيء المعلق عليه ، والطلاق يقبل التعليق بإجماع الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة .

§ ٢٢٠ — ما تقدم كله فى تولى العاقد الواحد عقد النكاح بالنيابة عن الطرفين ، وننتقل الآن الى عقود للمبادلة كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقوق الى الموكل عندما يتولاهما العاقد بمقتضى الوكالة ، وهذه العقود الأصل فيها أنه لا بد من تعدد العاقد ، فلا يصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتهما . ووجهه أن العاقد فى البيع وما يشبهه ترجع الحقوق اليه ، سواء أكان يعقد بالاصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق ، وهذه حقوق متقابلة فحق تسليم المبيع يقتضى متسلماً ، وحق قبض الثمن يقتضى مسلماً ، والشخص لا يتعلق به حقان

متقابلان في زمان واحد . لأن ذلك يؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما ، طالبا ومطالباً ، وهذا محال ، ولذلك لم يجوز أن يكون الشخص الواحد وكيلًا من الجانبين في البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا من الجانبين ؛ لأن الرسول لا تزمه الحقوق ، فلا يؤدي عمله الى مناقضة للمعقول ، وكذلك القاضي يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع اليه .

وقد استثنوا من البيع صورة يصح فيها العقد من الجانبين ، وهى شراء الأب مال ولده لنفسه ، وبيع ماله من ولده ، فانه في هذه الصورة يجوز للأب التصرف ، ويتولى الصيغة عن نفسه ولده القاصر . وبهذا قال احمد بن حنبل والشافعى ، ومالك والأوزاعى ، وجعلوا الجدل كالأب ما عدا ابن حنبل ، وخالف زفر ، وقال لا يجوز ، وهو الأصل ، والقياس على ما بينا ، وأما ما قاله الأئمة فهو الاستحسان ، ووجهه أن الأب والجد لوفور شفقتهم ، وكما رعايتهما لمولبيهما تجوز تصرفاتهما عليه ، وربما كان في البيع له أو الشراء منه مصلحة وإيثاره ، وهذا القرض هو الذى يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقة ، فجاز تصرفهما معه ؛ للضرورة الدافعة ، وعدم موضع التهمة ^(١) .

هذا بالنسبة للأب والجد ، أما بالنسبة للوصى ، فقد قال ابو حنيفة وأبو يوسف أيضا بجواز بيعه للموصى عليه وشرائه منه إذا كان فيه نفع ظاهر ، ولا يجوز بالاجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر ، وذلك لأنه لقصور شفقتهم لم يلحق بالأب أو الجد ، ولكن إن كان فيه نفع ظاهر يملكه بالنص ، وهو قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى أحسن » ولا شك أن التصرف الذى فيه نفع ظاهر هو قربان مال اليتيم بالتي هى أحسن ، فجاز بنص القرآن .

والنفع الظاهر فسرهم بعضهم بأنه في العقار أن يشتريه من الصغير بضعف قيمته ، وبيعه بنصف القيمة ، وفي المنقول أن يشتريه بثمن يزيد عن قيمته بمقدار نصفها ، وبيعه بثمن يقل عن قيمته بمقدار ثلثها ، فيشتري ما قيمته عشرة بخمسة

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ١٣٦ والنفى الخامس ص ٢٤٢ .

عشر، وبيعه ما قيمته خمسة عشر بمشرة، وفسر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتيم من غير تقييد بمقايير، فقد تكون المنفعة ظاهرة، وإن كانت بمثل القيمة، كأن يكون الشيء المشتري كثير الغلات بنسبة أعلى من الغلات التي تنال الصغير من ثمنه^(١).

هذا رأى الشيخين في بيع الوصى المختار من الأب أو الجد في البيع والشراء من اليتيم، وقال محمد لا يجوز للوصى ذلك مطلقاً، سواء أكان فيه نفع ظاهر أم لم يكن؛ لأن القياس يأبى ذلك، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد؛ لو فور شفقتهما، وذلك ليس في الوصى، فيعمل بالقياس حيث لا وجه للاستحسان.

هذا الخلاف يجري في الوصى المختار من الأب أو الجد، أما الوصى المعين من القاضى^(٢) فلا يجوز له أن يشتري مال اليتيم لنفسه، ولا أن يبيع ماله لليتيم بمقتضى وصايته؛ وذلك لأن القاضى لا يجوز له ذلك؛ إذ فعله حكم، وحكم القاضى لنفسه لا يجوز، والوصى من قبله كالوكيل عنه، فيملك ما يملكه، وبما أن القاضى لا يملك ذلك، فلا يملكه من هو كالوكيل عنه، لأنه يستمد القدرة الشرعية منه.

٢٢١ — مما تقدم يستفاد أن الشريعة الإسلامية الأصل فيها ألا يتولى الواحد انشاء العقد قائماً مقام العاقدين، ولكن اعتبار المصالح، وملاحظة بعض القواعد جملاً تقر عقد العاقد الواحد قائماً مقام العاقدين على أن ذلك على سبيل الاستثناء والاستحسان، لا الأصل والقياس. وعلى مثل هذا سارت الشريعة الانجليزية والقانون الألماني والمشروع اللاتيني^(٣)، وهناك شرائع أخرى حديثة أباحت تولي العاقد الواحد عن اثنين، ولم تمنعه كما في سويسرا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ومصر، ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو المنع، فالشرائع التي

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك.

(٢) وهو المجلس الحسى الآن. راجع رسالة العقود والشروط المذكورة آنفاً.

(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وإيطاليا أعدته لجنة من الدولتين.

حرمت أجازت في أحوال معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التي أجازت
منعت في أحوال استثنيتها ، ولقد توسع كلا الفريقين في الاستثناء ، فتقاربت
الشرائع المانعة والشرائع المبيزة^(١) .

أوصاف العقد

§ ٢٢٢ — تقصد بوصف العقد الاسم الشرعى له الذى يكون اطلاقه على
العقد نتيجة لاقرار الشارع له أو عدم اقراره ، وفي حال الاقرار تترتب الأحكام
وتثبت الآثار ، وفي حال عدم الاقرار لا تترتب الأحكام ، ولا تثبت آثار العقد .
وقد اختلف الفقهاء في هذا المقام ، وانقسموا فريقين أحدهما فريق أبى حنيفة
وأصحابه ، والثانى بقية الفقهاء ، فالحنفية يقسمون العقود من حيث اقرار الشارع
لها وعدم اقراره الى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل ، والجمهور يقسمون
العقود الى قسمين فقط صحيح وباطل (أو فاسد) فكلمة الفاسد وكلمة الباطل
مترادفتان عند الجمهور ، متباينتان عند الحنفية . وقد اتفق الفقهاء على أن معنى العقد
الصحيح ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة انشائه) بأن تكون
أركانه سالمة لا خلل فيها ، وكذلك أوصافه ، ولم يرد أى منع له من الشارع
الحكيم . وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح ؛ ولكن موضع الخلاف
هو في مقابل العقد الصحيح ، فالجمهور يقولون ان كل مقابل للعقد الصحيح باطل
غير منعقد ، سواء أكان الخلل في أركانه ، أم كان الخلل في أوصافه ، بأن كان
في أوصافه ما هو محل منع من الشارع ، كالبيع بأجل غير معروفة . وقال الحنفية
ان الخلل ان كان في الأركان ، وهى العاقدان ، أو محل العقد فالعقد باطل أى غير
منعقد ؛ وان كان الخلل في غير الأصل أى غير الأركان ، فالعقد منعقد ، ولكن
لا يرتب الشارع على نفس العقد أحكاما ، بل يرتبها على تنفيذ العاقدين له مخالفين
أمر الشارع .

٢٢٣ — ومحور الخلاف في هذه المسألة يعتمد على قطبين هما محله وموضعه :

(١) راجع نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السهوزى بك .

أولها — هل منع الشارع العاقد من المقد يقتضى عدم وجوده شرعا؟ اذ لا يعترف الشارع له بوجود . ثانيهما — هل المنع لوصف من الأوصاف يلتحق بالمنع الوارد على الأصل والأركان؟ فيكون حكم الاثنين واحدا . ومن أجل أن نبين الموضوع بجلاء يجب أن نتكلم في هذين العنصرين بكلمة موجزة .

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه ، فجمهورهم يرى أن الشارع اذا نهى عن تصرف شرعى ، ومنع اجازته ، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به من الشارع أى أنه يكون غير موجود فى نظره ، وذلك (١) لأن قيام الشخص به مع النهى عنه عصيان لا أمر الشارع ، وكيف يعترف ، ويرتب آثارا شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة فى نظره وعصيانا (٢) ولأن النهى لا يرد من الشارع على تصرف شرعى ، الا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته ، وليس ذلك إلا حكما من الشارع ببطلانه (٣) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد » ولا شك أن وقوع الأمر الذى حكم الشارع بمنعه لم ينجى على أمره وعلى مقتضى اعتباره فهو رد ، ومعنى رده ألا يعترف له بوجود وآثار ، فهو باطل فى نظره (٤) ولأن سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود للنهى عنها ، فحكوا بعدم اعتبار العقود للمشتمة على الربا ؛ للنهى عن الربا . واحتج ابن عمر رضى الله عنه فى بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » .

هذا موجز لحجج الجمهور فى استدلالهم بالمنع من التصرف الشرعى ، على بطلانه اذا حصل مع هذا المنع ؛ ويترتب على قولهم هذا أن كل العقود المنوعة (سواء أكان المنع لخلل فى ركنها وأصلها أم لميب لحق وصفها) باطلة أو فاسدة وهى فى حكم العدم من غير تفرقة بين العيب فى الأصل أو العيب فى الوصف .

ويرى الحنفية أن المنع أن كان لميب فى ذات التصرف الشرعى كان هذا سبيلا للبطلان إن قام بالمنوع ، والا فان كان لوصف ملازم كان سبيلا الى البطلان

في العبادات ، والألتكحة على التحقيق ، ولا يكون سبيلا الى البطلان في سائر
المعاملات ؛ ووجه نظرهم في ذلك أن وجود التصرف الشرعى يتم بوجود أركانه
سالمة من الخلل ؛ فإذا كان النهى من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان ،
فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة ، وعلى ذلك يعتبر التصرف موجودا بوجودها
مع المنع ؛ ولا مانع من الجميع بين النهى والوجود ؛ لأن أثر النهى الاثم ، وجواز
فسخ التصرف ، ووجوب التخلص منه ، ولذلك لا يتعارض مع وجوده ، بل ان
ذلك لا يكون الا مع الوجود ، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يتنافى
اذن مع نهيه بل يتلاقى معه ، ولا يعترض بأن اعتبار الشارع له موجودا حكم
بمشروعيته ، لأن المشروعية تقتضى اقرار الشارع وتثبيته واعانة العاقلين على
تنفيذه ، ولا أحد يقول هذا ، بل انا نقول انه موجود وله بعض الأحكام ، ولكن
الشارع يوجب الفسخ ، ويرتب الاثم ، كما أن الحكم بوجوده مع النهى عنه لا
يقتضى عدم رده ؛ لأننا نقرر أن الالتزام به مردود ، وهو واجب الفسخ ، فلا يلزم أحد
العاقلين بموجبه ، ولا تترتب الأحكام فيه بذات التصرف ، بل بأمر آخر اقترن به .
وان التوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات ، فصح فيها وجودها مقترنة
بالنهي . أما العبادات فلأنها قربات خالصة ، وبقرها الشارع موجودة اذا وجدت
فيها نية القرية ، ولا يتصور وجود نية القرية مجتمعة مع نية العصيان ، فإذا نهى
عن صلاة الحائض ، فإذا صلت عاصية ذلك النهى لا يتصور اجتماع نية الطاعة
مع نية العصيان في فعل واحد ، لذلك كانت العبادات لا يتصور وجودها وجودا
شرعيا مقترنة بمنهى عنها ملازم لها .

ولقد ترتب إذن على قول الحنفية أن للنهي اذا كان لوصف لا يترتب عليه
بطلان التصرف أن فرض الحنفية قسما ثالثا بين الصحة والبطلان وهو الفساد ،
وذلك اذا كان التصرف مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه ، بأن اقترن به وصف
ملازم نهى عنه الشارع ^(١) .

(١) راجع هذا الخلاف في المستصفى الجزء الثانى ص ٣١ وفخر الاسلام الجزء الأول
ص ٢٦٦ وما يليها والأزهرى الجزء الأول ص ٣٢٠ والتحرير الجزء الأول ص ٣٢٦ .

٢٢٤ — هذا هو الأصل الأول . أما الأصل الثانى وهو ورود المنع على الوصف وسريانه الى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف فى الأصل الأول ، فالقهاء الذين قالوا إن النهى إذا ورد لوصف ملازم يبطل التصرف قالوا إن المنع أن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل ، والذين قالوا أن المنع أن ورد على الوصف ، فالأصل له وجود شرعى أن أوجده المكلف قالوا إن المنع لا يرد على الأصل الا بمقدار قيام الوصف به ، فإذا زال عنه الوصف الممنوع فقد صار الأصل مشروعا تترتب عليه كل آثاره الشرعية .

وقد احتج أبو حنيفة وأصحابه فى التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف بأن المنع إذا كان فى نفس الماهية وهى الأركان عرا الخلل هذه الماهية ، فلا يكون لها وجود فى نظر الشارع ، كمنع بيع الخنزير والميتة ، ومنع تصرفات فاقدة الأهلية أو ناقصها الضارة به ضررا محضا ، فإذا حصل تصرف مع هذا المنع كان باطلا ، لعدم تحقق الماهية . وبيان ذلك أن أركان كل عقد هى عاقدان وعمل للعقد ، فتى وجدت هذه الأركان سالمة عن النهى فقد وجدت الماهية ، وتصير معتبرة شرعا سالمة عن النهى (ولو تعلق النهى بوصف ملازم لها ، كالثمن فى البيع ، والرأف فيه) ، وإذا اختل ركن من هذه الأركان بأن كان العاقد ممنوعا من العقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، كبيع الخنزير والخمر فالعقد باطل ، لأن المنع لحق الأركان ، فيبطل الانعقاد . وإذا وجدت هذه الأركان ، ولكن وجد منع لوصف مقترن بالعقد كالبيع بشرط أن ينتفع البائع مدة من الزمن ، وهذا شرط ممنوع عند الحنفية ، أو باع بيما فيه ربا ، ونحو ذلك من العقود التى تتحقق فيها الأركان ، ولكن يقترب بها وصف ملازم منعه الشارع ، فى هذه الحال تكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة خالية من الخلل ، ولكن الخلل قد لحق الوصف ، فينعقد العقد ، ولا يسرى اليه المنع الوارد فى الوصف الا بمقدار اقتترانه به وملازمته له ، فيكون العقد منعقدا ، ولكن يجب فسخه مادام ذلك الوصف مقترنا ، فإذا زايه ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل .

ويؤيد مذهب أبى حنيفة أيضا أننا لو قلنا ان كل فساد فى الوصف يسرى الى الماهية والأركان ، ويعود عليها بالنقض لسوينا بين الماهية الناقصة لورود المنع عليها وبين الماهية الخالية من المنع ، ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وفيما اقترن بهما من أوصاف ، وبين الماهية السالمة من الخلل فى ذاتها ، ولكنها مقترنة به فى صفاتها ، وذلك غير جائز ، ولا تتأتى التفرقة الحقيقية بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة بين الصحة والبطالان ، وتلك الرتبة هى رتبة التصرفات الفاسدة ، ومن أجل ذلك قلنا ان العقد أقسام ثلاثة : صحيح وفاسد وباطل ^(١) .

هذه وجهات النظر التى انبنى عليها أن الحنفية قسموا العقد غير الصحيح الى باطل وفاسد ، وقصروا الباطل على ما كان المنع الوارد من الشارع فيه وارداً على الأركان ، والفاسد ما كانت الأركان فيه خالية من المنع ، ولكن المنع اقترن بوصف ملازم لها ، أو بعبارة أدق الباطل ما كان غير مشروع بأصله ، والفاسد ما كان مشروفاً بأصله غير مشروع بوصفه .

٢٢٥ — وما احتج به الذين خالفوا الحنفية أنهم قالوا اننا إن اعتبرنا العقد موجوداً فى نظر الشارع مع وصف الفساد ، فاما ألا نرتب عليه أحكاماً قط ، واما أن نرتب عليه أحكام العقد ، كما اتفق العاقدان ، واما أن نرتب أحكاماً تتفق مع غرض الشارع من غير نظر الى غرض العاقدين ، كالبيع المقترن بشرط ربوى ، ان حكمنا بفساده فاما لا تكون له أحكام قط ، أو أحكامه كما تراعى العاقدان ، أو أحكامه كما يتفق مع غرض الشارع ، فيمضى الربا ويبقى رأس المال . لاجاز أن نقرر أنه خال من الأحكام الشرعية ؛ لأننا لو قلنا ذلك لكان العقد الفاسد كالعقد الباطل سواء ، وتكون التفرقة لفظية ، والتقسيم لاجداء فيه ، ولا جائز أن نقرر أن له الأحكام التى تراعى عليها الطرفان ، فذلك باطل أيضاً ، لأن مؤداه أن يقر الشارع ما نهى عنه ، ويبيح ما حرمه ولا يكون ثمة فرق بين الصحيح والفاسد ، وذلك تناقض وتهافت فى الأحكام الشرعية لا يليق

(١) راجع الفروق للقرافى الجزء الثانى ص ٨٣ .

بالشارع الحكيم ، ولا جائز أن تقول ان الشارع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع غرضه من غير نظر الى غرض العاقد ، لأن ذلك يؤدي الى المناقضة لحقيقة شرعية ، وهى أن أساس العقود الرضا ، فقد قال تعالى « يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » فلو قلنا ان الشارع يرتب على العقد الفاسد آثارا شرعية تتفق مع غرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين لأنزما العاقد بما لم يرضه ، وذلك لا يصح كما بينا .

وإذا كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدي حتما الى واحد من هذه الفروض الثلاثة التى لا تتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومرامها — يكون فرضه باطلا ، لأنه يؤدي الى باطل ، ويكون الحق أن يلحق بالباطل ، ويتساوى من كل الوجوه ^(١) .

§ ٢٢٦ — والعقد الباطل ليس له وجود شرعي ، فهو فى حكم العدم ، وملغى ليس له أثر شرعي ، فمن باع بيعا باطلا فكلامه فى حكم العدم ، وكذلك الاجارة وسائر العقود الباطلة ؛ لأن أركان العقد اذا لم تتم سالمة ، فالعقد لم يوجد ولم ينعقد . أما العقد الفاسد ، فهو عقد قد انعقد ووجد ، ولكن لا يرتب الشارع عليه آثارا شرعية من ذات العقد ، ويوجب على العاقدين فسخه والتخلص منه ، ولا يلزم به واحد من العاقدين ، فهو لا ينشئ فى ذاته التزاما ، ويستمر الفسخ حقا للمتعاقدين ، بل واجبا عليهما الى أن يتعذر الفسخ ، بيد أنه اذا نفذ العاقدان العقد الفاسد يرتب الشارع بعض الأحكام على التنفيذ بمقتضى ذلك العقد ، لا على العقد المجرد ، فالبيع الفاسد مثلا لا يترتب عليه أى أثر للبيع ، ولكل واحد من العاقدين أن يفسخه ، بل يجب عليه ذلك ، ولكن اذا قبض المشتري المبيع بموجب هذا البيع انتقلت الملكية بذات القبض المترتب على العقد ، ولكن مع ذلك يستمر الفسخ واجبا ، الى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ .

(١) استخلصنا هذا الدليل من الفروق للرافى الجزء الثانى ص ٨٦ .

ففى هذه الحال لا يكون الفسخ واجبا ، ولكن الاثم يستمر ملازما ، ولا يجب فى البيع الفاسد ، والاجارة الفاسدة ونحو ذلك العوض المذكور فى العقد ، بل يكون الواجب هو ثمن المثل أو أجرة المثل بشرط ألا تزيد عن المسمى ونحو ذلك ، لأن محل العقد اذا استوفى فى العقد الفاسد لا يستوفى بمقتضى العقد المجرد ، بل يستوفى بسبب التمكن الذى أنشأه العقد ، فيجب أن يعرض المالك لمحل العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعقد اذا كان فاسدا فالتسمية فاسدة ، واذا فسدت التسمية يجب عوض المثل ، فمن باع بيعا فاسدا ، تكون تسمية الثمن فاسدة أيضا ، والشارع لا يلزم بمقتضى أمر قرر فساد ، وبما أن المشتري قد استوفى على محل العقد بمقتضى عقد منعقد ، فالواجب حينئذ هو عوض المثل ، حيث فسدت التسمية ، فتكون كالمعلقة .

هذا حكم العقد الباطل والفاسد . أما حكم العقد الصحيح ، فهو ترتب الآثار الشرعية عليه ، وعدم جواز استئصال أحد العاقدين بفسخه ان كان لازما ، وفى الجملة العقد الصحيح ترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة انشائه ، ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة .

§ ٢٢٧ — علمنا مما تقدم أن ركن العقد العاقدان ومحل العقد ، فاذا كانت عبارة العاقدين غير صالحة لانشاء العقد كعبارة فاقد الأهلية ، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه ، فالعقد باطل ، وذلك بدهى فى الأولى ، لأن أحد العاقدين اذا كان فاقد الأهلية فعبارة ملغاة لا اعتبار لها ، وهى فى حكم العدم ، فلم يوجد عقد ، بل لم توجد حتى صورة العقد التى تكون شبهة تسقط الحد فى بعض الأحوال . وأما الثانية ، وهى عدم صلاحية المحل لحكم العقد ؛ فهى توجب البطلان أيضا ، وهى تختلف عن أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد ، كما بينا ، وذلك واضح جد الوضوح فى العقود المالية ^(١) .

٢٢٨ — وأما الفرق بين أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد اللازمة ، وبين البطلان لعدم صلاحية المحل فى النكاح ، فذلك هو موضع النظر الدقيق ، والتمحيص

(١) وقد فصلنا الكلام فى ذلك فى محل العقد فارجع اليه .

وذلك أن عبارات كثيرين من المؤلفين في الفقه الحنفى ، وعلية المحققين فيه تفيد أنهم لا يرون فرقا فاصلا بين بطلان النكاح لعدم صلاحية الحل للعقد ، وبين النكاح الفاسد للخلل في الأوصاف الملازمة للعقد كالنكاح بلا شهود ، وغير ذلك من الأنسحة التي حكم الفقهاء بفسادها للخلل لحق أوصافها ، فصاحب الهداية لم يذكر فرقا بين باطل النكاح وفاسده ، وهو أحيانا يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفاسد وأحيانا بالبطل من غير سبب يجعل هذا مختصا بتلك التسمية والثاني بالتسمية الثانية . ويعلق عليه كمال الدين بن الهمام فيقول « أن التعبير مرة بباطل ومرة بفاسد ؛ لأنه لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع ^(١) » وتجيء عبارات مختلفة في فتح القدير تثبت أن التحقيق في العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء ، وترى أيضا الكاساني في البدائم لا يذكر فرقا بين فاسد النكاح وباطله ، وعباراته وتعليقاته تشير من قرب إلى أنها ليس إلا نوعا واحداً مقابلاً للصحيح ؛ ولذا يقول في النكاح الفاسد ما خلاصته : « أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله أعنى محل حكمه ، وهو الملك لأن الحرية خلوص ، والملك يناهى الخلوص ، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافيه ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار هذه المناهضة في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة النكاح إلى درء الحد ، وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر ، فجعل منعقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع » فترى من هذا التعليل أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل بل يجعل البطلان لعدم صلاحية الحل لأحكام النكاح نوعا من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل أحكام العقد الفاسد الذي لا يفترق عن الباطل .

ويجىء التصريح في النهاية وغيرها من كتب الفقه بعدم التفرقة ، وأصول فخر الاسلام وشرحه ، وحاشية الأزميرى في الأصول على هذا أيضا .

(١) الهداية وفتح القدير الجزء الثاني ص ٣٨٢ .

ولذلك نكاد نحكم بأن المذهب الحنفى لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده على النحو الذى بيناه .

٢٢٩ — وفى الحق ان المحققين من المؤلفين يجعلون النكاح الباطل لعدم صلاحية الحل كنكاح الحارم أو للاخلال بوصف من أوصافه — حقيقة شرعية واحدة ، فيصرحون بأن العقد على الحارم والنكاح بلا شهود كلاهما باطل ، فيقول فخر الاسلام فى أصوله ان النكاح بلا شهود باطل ، ويعمل ذلك بقوله : « لأنه منى بقوله عليه الصلاة والسلام : لا نكاح بلا شهود ، وكان النفى فسخا وباطلا ، وانما يسقط الحد ، ويثبت النسب والعدة لشبهة العقد » وفى التوضيح : « ان النكاح بلا شهود مثل بيع المضامين والملاقيح ^(١) فى البطلان ؛ لأنه منى بقوله عليه السلام لا نكاح بلا شهود » .

ومن كل هذا يفهم أن الخلل فى أوصاف عقد النكاح كالخلل فى ركن العقد لعدم صلاحية محل العقد لحكمه يكون كلاهما سببا فى بطلان العقد . ثم بالرجوع إلى التعليل الذى يعللون به ذلك نجده يرمى إلى رفع فاسد النكاح الى درجة باطله ، فالنكاح بلا شهود يعتبرونه باطلا ؛ لأن الحديث نفى وجوده ، فكان فى حكم المردوم . وجاء فى حاشية الأزميرى : « وفى النهاية المراد بالفاسد فى باب النكاح هو الباطل ، لأن ثبوت الملك فى باب النكاح مع المنافى ، وانما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ، ولا يثبت الملك ، وهو الفاسد ، لأن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها ، فظهر منه أن كل نكاح ورد فيه التحريم ، كنكاح الحارم ونكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وغيرها باطل ، وانما عبروا عن بعضها بالفاسد إشارة الى الفرق بين المختلف فيه فى صحته وفساده ، وبين المتفق على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد ، وعن الاتفاقية بالبطل » .

ومن كل هذا يتبين أن النكاح ليس له إلا قسمان صحيح ، وباطل . ولم

(١) المضامين ما فى أصلاب الآباء والملاقيح ما فى بطون الأمهات ، وكلاهما يسه باطل لا فاسد ، لعدم قبول الحل لحكم البيع ، لأنها غير محققة الوجود الذى يكون مقدور التسليم .

يثبتوا الفاسد . وعللوا ذلك كما تقدم بأن الأصل في العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام ، والعقد هو الذى يوجد الانتقال من الحرام الى الحلال ، فإذا ورد نهى من الشارع عن هذا العقد فقد نفى بهذا النهى التحليل الذى أعطاه لعقد النكاح ، فيصير العقد لا يثبت حلا ، وبهذا يفقد كيانه ووجوده ، ويعتبر غير موجود ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون النهى للخلل فى الركن أو للخلل فى الوصف .

بيد أن النكاح الباطل إذا كانت له صورة العقد كان شبهة ^(١) ، فإذا دخل الرجل بالمرأة فى هذه الحال كانت صورة العقد مانعة من إقامة الحد ؛ لأنها شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . وإذا لم يقيم الحد لم يكن الدخول فى حكم الزنا فى الدنيا ؛ فثبتت به العدة ويجب به المهر ، ويثبت به النسب ، وقد قرروا أن ذلك ليس موجب للنكاح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد ، وهو ثبت للوطء بشبهة كمن تزف إليه امرأة فينشأها ظانا أنها عروسه ، وليست هى ، فيثبت بالدخول بها الأمور السابقة للشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذى لم تتوافر معه أسباب العلم .

أقسام العقد الصحيح

§ ٣٣٠ — قد بينا أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافا الى محل صالح لحكمه ، وسلم من خلل فى ركنه أو فى أوصافه ، وهو بهذا يشمل نوعين من العقود : (١) العقود الصادرة عن أهلها ، وعن لهم ولاية انشاءها ، (٢) والعقود الصادرة من أهلها ، ولكن ليست لهم ولاية انشاءها بأن لم يكونوا ذوى الشأن فيها ، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة . والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة ، والقسم الثانى هو العقود الموقوفة .
فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافا الى محله ، وسامت أوصافه

(١) على خلاف فى بعض الصور بين الامام وصاحبيه ، والمراد بالحد حد الزنى ، وهو رجم المحصن ، وجلد غير المحصن مائة جلدة .

من الخلل ، وكان صدوره عن له ولاية على العقد . وأما العقد الموقوف ، فهو ما صدر عن أهله مضافا الى محله مع سلامة أوصافه ، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولى ، وبيع ناقص الأهلية وشرائه ونكاحه ، فان هذه العقود صحيحة موقوفة .

ونرى من هذا أن الفقهاء يعدون العقد الموقوف من أقسام الصحيح ؛ لأن العبارة فيه تنشأ موجبة أحكاما ، ولكن لأنها تلزم من لم يشترك فى انشائه يتوقف العقد على اجازة صاحب الشأن ، فان أجازته نفذ ، وان لم يجزه بطل ، فالعبارة صدرت صحيحة ، لصدورها عن ذى أهلية فى محل صالح ؛ فيكون العقد صحيحا ؛ ولكن تتأخر الأحكام الى وقت الاجازة ؛ والشافعى يخالف فى ذلك ، ويرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل ؛ وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد ، وليست بشرط للنفاذ فقط ، فكل عقد صدر عن ليست له ولاية العقد ، فعبارته ملغاة لا يلتفت اليها . فقود قاصر الأهلية باطلة ، لأنه ليس ذا ولاية ، وكذلك عقد الفضولى ^(١) ، لعدم ولايته على محل العقد ، وعلى ذلك يقرر الشافعى أن العقد الموقوف عقد باطل ولا يعد من أقسام الصحيح .

§ ٣٣١ — وهذا الأصل فى العقود الصحيحة أن تكون لازمة ، ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها ، وأبطال التزامها ، وذلك لأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض ، واشباع حاجات ، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازما على كلا طرفيها ، ولأن العقود عهود ، وعدم الوفاء بالعهد نكث فى الزمة ، وقد قال تعالى : « وأوفوا بالعهد ، إن العهد كان مسئولا » ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : اذ يقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود » ، ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة .

(١) راجع تصرفات الفضولى وتصرفات قاصر الأهلية ، فقد بينا هناك مذهب المائى بأدله ، هذا ويلاحظ أن القانون الحديث لا يعتبر العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، بل يعتبره من أقسام الباطل ، مع أنه يوافق الحنفية فى تصرفات الفضولى ، ولكن مع أنه يعده من أقسام الباطل يقرر أنه باطل لسبباً ؛ لأنه يصير الى البطلان فى حال عدم الاجازة ، وذلك نظر دقيق .

بيد انه مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لاحظ الشارع أن من مصلحة العاقدين ، ومن تمام الاستيثاق من الرضا عن بينة أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم أحيانا ، بل ان من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد ، فالعقد الآخر غير ملازم بالتمسك بها ، لأنها بالنسبة له ليست عهدا واجب الوفاء ، كالكفالة بالنسبة لصاحب الحق الذي كان موضوع الكفالة . بل ان من العقود ما لا يكون من مصلحة العاقدين ، والمعاملات المالية أن تكون لازمة ، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازما وبعضها غير لازم ، وبينهما درجات في اللزوم وعدم اللزوم . وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام :

(القسم الأول) عقود لازمة غير قابلة للفسخ ، وهى عقود النكاح والخلع ، فان النكاح إذا انعقد انعقد لازما لا يقبل الفسخ ، فلا يمكن العاقدين أن يتراضيا على فسخه وإبطاله ، لأنه متى انعقد لا يبطل ، ومثله الخلع ، اذا انعقد لا يستقل أحد العاقدين بفسخه ، وإذا تراضيا على فسخه لا يفسخ . وقد يقول قائل : إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج ، لأنه يملك التخلص منه بالطلاق . والجواب عن ذلك ان الطلاق ليس فسخا للنكاح ، بل هو انتهاء له ، ووضع حد لآثاره ؛ اذا الفسخ يأتي على أصل العقد بالإبطال ؛ فيصير به العقد كأن لم يكن ، كالمتبايعين اذا تقابلا البيع ، وكالمرتبن إذا فسخ الرهن ، فان العقد فى هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد ، والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق مبنى على النكاح ، ولا يتصور من غير انقضاء النكاح ، إذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن اذن أن يأتي على النكاح بالنقض ، لأنه الأصل الذى قام عليه ، فلا يعتبر الطلاق فسخا . بل يعتبر انتهاء للحياة الزوجية ، مع بقاء آثار العقد التى وجدت بمقتضاه قبل الطلاق ، بل قد يكون الطلاق تقريراً لبعض أحكام العقد ، فهو يقرر حق المرأة فى نصف المهر ان كان قبل الدخول ، ويجعل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق ان كان بعد الدخول .

والعقد اللازمة التي لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية، كما لا يدخلها خيار العيب في الجملة^(١). وذلك لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد، وذلك يناقض طبيعة هذه العقود، لأنها لا تقبل الفسخ من أحد العاقدين، أو منهما مجتمعين كما قررنا، ولأن أنواع الخيارات لا تدخل هذه العقود، قال الفقهاء فيها إنها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها؛ لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد، فدخله في العقد يجعل فاصلا بين العقد والتزاماته أو بين سببه وهو الصيغة وآثاره وهي الأحكام.

(والقسم الثاني) عقود لازمة تقبل الفسخ، فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد، ويكون الفسخ بالنسبة لهما في حكم ابطال العقد، وكأنه لم يكن. وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك، وهذه العقود قسمان :

(١) عقود، القبض لازم لها، وهي الصرف والسلم وبيع الرويات، وهذه تكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها في مدة معلومة بأن يشترط لنفسه خيار الشرط؛ وذلك لأن هذا الشرط يناقض القبض اللازم لهذه العقود، فاشتراطه يكون منافيا لمقتضى العقد، فلا يصح، وعلى ذلك تكون هذه العقود لازمة، ولا يعطى أحد العاقدين حق فسخها بشرط فاسخ. والقسم الثاني من عقود المعاوضات عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع، وكالاجارات وغيرها، وهذه تكون لازمة، لا يستقل العاقدين بفسخها، ولها أن يفسخاها بالتراضي، لأنها قابلة للفسخ، ولكن مع ذلك لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها إذا اشترط ذلك لنفسه في العقد مدة معلومة، وذلك بما يسمى خيار الشرط على ما نوهنا اليه.

(١) أما في التفصيل فغيار العيب يدخل في بعض الأحوال النادرة على خلاف طويل بين الفقهاء في ذلك. موضعه كتاب النكاح. والتفريق للعيوب ومن الخيارات التي تدخل عقد النكاح خيار البلوغ وهو أمر استثنائي فيه.

وعقود المعاوضات في الجملة لا يثبت لها اللزوم عند الشافعي وابن حنبل إلا بعد تفرق المجالس . أما قبل تفرق مجلس العقد فلكلا العاقلين عند هذين الامامين فسخطا بمختيار المجلس ، وخالف في ذلك بقية الأئمة على ما بيناه في خيار المجلس في أول الكلام في العقود . ثم شرط لزومها خلوها من خيار الشرط والرؤية والعيب ؛ لأنها إن وجد أحدها كان العقد غير لازم ، لعدم تكامل الرضا .

(القسم الثالث) عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقلين ، غير لازمة بالنسبة للعاقد الآخر ، وذلك مثل الرهن والكفالة ، فانهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل ، لتعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة ، وبذمة الكفيل ، ولكن هذين العقدين غير لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له ، لأنهما بالنسبة لهذين ، للاستيثاق من استيفاء حقوقهم ، ولها أن يتنزلا عنها ، فلها بالأولى أن يتنزلا عن الاستيثاق من استيفائها ، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقلين قد تعهد تعهدا أوجد لغيره حقا قبله من غير أن يكون له حق في نظيره قبل هذا الآخر ، فانه في هذه الحال يكون ملزما بالوفاء ، والآخر غير ملزم بشيء ، فلا يكون العقد لازما بالنسبة له .

(القسم الرابع) عقود غير لازمة بالنسبة لكلا العاقلين ، فلكلا العاقلين أن يفسخا منفردا بفسخها ، مستقلا به ، ولو لم يرض الطرف الآخر ، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود التبرع التي لم تخرج على أبواب الصدقات ، وكذلك عقود التبرع المضاف الى ما بعد الموت ، فكل هذه العقود لكلا العاقلين أن يفسخا منفردا ، ولو لم يرض الطرف الآخر .

وعقود الشركات لا تكون لازمة أيضا ؛ لأنها في مضمونها ليست لإعقود وكالة ؛ لأن كل واحد من العاقلين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين في باب الشركات .

هذه هي أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه . وللفقهاء اختلاف في دخول

بعض العقود في أحد الأقسام دون الآخر وهو مبين في موضعه من هذه العقود ،
ونحن هنا لا نتعرض إلا للقضايا العامة .

الخيارات

§ ٢٣٢ — الخيارات جمع خيار ، ومعناه الاختيار ^(١) ومعناها في الجملة
طلب خير الأمرين ، والاتجاه اليه . ويقول ابن الأثير في النهاية في معنى كلمة
الخيار في قوله عليه السلام : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا « الخيار اسم من الاختيار ،
وهو طلب خير الأمرين اما امضاء العقد أو فسخه » . وهذا المعنى الذى ذكره
ابن الأثير قريب من المعنى الشرعى لهذا اللفظ الذى اختصت به الشريعة
الاسلامية من بين القوانين الحديثة ، فان المعنى الاصطلاحي لذلك اللفظ هو أن
يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد ، بأن يعطى الحق في تخيير
أحد الأمرين اما امضاء العقد وتقريره ، أو فسخه وتقضه من أساسه .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعى للخيارات فهو يرمى من قرب الى العلة
الدافعة لشرعية الخيارات ، وهى الاستيثاق من الرضا ، والتأكد من وجوده
والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع ، وما يفرم في سبيلها ، والموازنة بينهما
موازنة تكون على بينة من حقيقتهما . لذلك جعلها الشارع في أحوال خاصة أو عند
اشتراط أحد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخيار ، وذلك إذا كان الرجل على
شك من أن العقد في مصلحته ويريد التروى ، ودراسة الموضوع من كل نواحيه
من غير أن يفوته العقد ، فقد يدفعه نقص خبرته إلى أن يشترط ذلك لنفسه ، أو أن
يشترطه لشخص آخر يهيم رضاه بالعقد ؛ ليستوثق من أنه كان في مصلحته . ثم
أحياناً يكون علم الشخص بالمعقود عليه ناقصاً ، فيلاحظ الشارع هذا النقص ، فيعطيه
حق الفسخ ، ليكون رضاه على علم و بينة ، بل أحياناً يرضى عالماً بالمعقود عليه على

(١) ويقول النحويون انه اسم مصدر للفعل اختار ، لأن اسم المصدر ما كان فيه معنى
المصدر دون حروفه ، ولا شك أن هذا معنى كلمة الاختيار ، وهى المصدر دون حروفه .

أنه سليم خال من العيوب ، ثم يبين معيباً بعيب لم يكن يعلم به وقت العقد ؛ فأعطاه الشارع حق الفسخ لهذا أيضا .

ومن كل هذا يتبين أن شرعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس من العلم الصحيح ، كما يتبين أيضا أن الخيارات تثبت بأحد أمرين (١) أما باشتراط العاقد ، لئيم له العلم الصحيح بمفاهيم العقد ومغارمه ، (٢) وأما بتقرير الشارع دفعا لنقص في العلم الذي قام عليه الرضا ؛ أو منعا لتقرير وتجهيل في صحبه .

وعلى ذلك تكون الخيارات قسمين : أحدها ثبت باشتراط العاقد ، وهو يشمل فرعين : أحدهما خيار التعيين ، والثاني خيار الشرط ، والقسم الثاني يثبت باثبات الشارع ، وذلك يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لا يعده كخيار العتق ، وخيار البلوغ ^(١) ، وبعضها يعم عددا من العقود ولا يختص بواحد منها ، وما دمننا نتكلم في القواعد العامة فلنتكلم من هذا النوع على ما يعم ، ونترك ما يخص الى الكلام في العقود التي تختص به في الأحوال الشخصية . والذي يعم خياران فقط هما خيار العيب وخيار الرؤية . واذن فلنتكلم على خيارات أربعة هي خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب .

خيار التعيين

§ ٢٣٣ — يدخل هذا النوع من الخيار في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تملك الأعيان ، فيثبت في البيع ، والهبة بعوض مشروط في العقد ، والصالح الذي هو في معنى البيع ، ومعناه أن يكون المشتري أو البائع بالخيار بمقتضى شرط في العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها ،

(١) قد آثرنا أن نترك الكلام في هذين النوعين من الخيار وما يشبههما كخيار الكفاءة لأنها تختص بالأحوال الشخصية ونحن لا نعلمها الا على قدر الضرورة . وخيار العتق أن يثبت للأمة حق اختيار نفسها نفسها اذا زوجت وهي أمة ، وخيار البلوغ أن يكون للعالم أو الفتاة اذا بلنا حق الفسخ اذا زوجها غير الأب والجد من الأولياء .

فالعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق في تعيين ذلك الواحد .

وثبت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء ، لأنه يخالف للقياس ، إذ القياس يقتضى أن يكون محل العقد معيناً معلوماً ، والتخيير بين واحد من ثلاثة تجهيل له ، فلا يكون العقد صحيحاً ؛ لأنه غرر وكل غرر يفسد العقد على نحو ما علمت في محل العقد . ولقد أخذ بهذا القياس أحمد بن حنبل والشافعي وزفر ، فقد جاء في الشرح الكبير ما نصه : « لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ؛ لأنه مجهول ، ولأنه غرر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبده سواء قلوا أم كثروا ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار صح » ^(١) ، فذهب الحنفية خالف فيه القياس إلى الاستحسان ، ووجهه أن الحاجة إليه ماسة ؛ لأن من الناس من لا يشقون الأسواق ، ولا يصفقون فيها ، كالأكابر وكالخدرات من النساء ، فاحتاجوا إلى أن يأمرؤا بالشراء لهم ، ثم لا تدفع حاجتهم بشراء شيء واحد معين من جنس ما يرغبون في شرائه ، فعساه لا يوافق رغبتهم من كل الوجوه ، فيحتاج إلى أن يشتري رسولهم أو وكيلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحملها إليهم ، ليختاروا أحدها ، ولأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود إذ جرى التعامل به ، وجرى عرف الناس على إقراره ، ومن المقرر فقهاً أن العرف يكون حجة يخالف بها القياس . وجهالة المبيع هنا مغتفرة ؛ لأنها لا تقضى إلى المنازعة ، وما كانت جهالة مفسدة للعقد لنهايتها ولكن لأنها مفضية إلى النزاع ، فإذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف فلا تتحقق سبب الفساد ، فيصح معها ولا تبطله .

§ ٣٣٤ — ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط : أولها أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل ، فإن كان بين أربعة فأكثر لم يصح ،

(١) المرح الكبير الجزء الرابع ص ٢٩ .

ثانيها أن تكون هذه الأشياء التي يجري التخيير فيها متفاوتة فيما بينها ؛ لكي يتحقق التخيير بين أحدها ، وأن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلوما ، ثالثها أن يكون للخيار مدة معلومة ، حدها أبو حنيفة بثلاثة أيام لا تتجاوزها . ولاكتفى صاحبان بأن تكون معلومة ، وليس لها حد أعلى ، فكل أمد يذكر يصح معه العقد مهما يتطاول ويمتد ، وقال آخرون ان خيار التعيين ليس له مدة معلومة .

هذه هي شروط خيار التعيين التي لا بد منها لصحة العقد معه ، وإن لم تتحقق فسد العقد ، وقد عللوا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء بأن شرعية خيار التعيين للحاجة ، والحاجة تقدر بقدرها ، فيكتفى بما يدفعها ، ولا شك أن التخيير بين ثلاثة لا يتجاوزها ، فيه دفع لها ، لأن الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والردئ ؛ وبالتخيير بينها تدفع الحاجة التي جعلت الفقهاء يقررون خيار التعيين خروجاً على القياس إلى الاستحسان ، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة تخييراً لا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس .

وعللوا اشتراط التفاوت بين الأشياء الخييرية فيها مع بيان ثمن كل واحد ؛ بأنها إن لم تكن متفاوتة في مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى ، فيكون عبثاً ، وبأنه إن لم يذكر الثمن وكان مجهولاً فسد البيع ، لأن هذه الجملة تقضى إلى المنازعة ؛ ولأن الفقهاء يقررون أن حكم العقد مع خيار التعيين أن العقد يكون معقوداً في واحد من الثلاثة أو الاثنين غير معين ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد ثمنه .

وعلى أبو حنيفة تعيين مدة الخيار بثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط ، وخيار الشرط عنده لا تتجاوز مدته ثلاثة أيام . والصاحبان في اشتراطهما تعيين المدة من غير ذكر حد أعلى لها يسرون على أصلهم في خيار الشرط ، وسنبين وجهة نظر الفريقين في ذلك عند الكلام في خيار الشرط .

ووجهة نظر الذين لم يعينوا لخيار التعيين مدة أن المدة شرط في كل خيار لا يثبت معه أثر العقد ، ليعلم متى يثبت الأثر ؛ فاشتطرت في خيار الشرط على

ما سيجيء ، لأنه يؤخر الحكم بالنسبة لمن له حق الخيار ، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم في واحد غير معين ، ويكون لهم حق التعيين ؛ ولأن الحكم في العقد الذي قارنه شرط خيار التعيين يثبت بمجرد العقد لم تثبت فيه مدة .

ولكن الأمل والأعدل بالنسبة للعائد الآخر الذي لم يكن له الخيار أن تكون هناك مدة ليستطيع أن يعرف مآل ملكه ، والنهاية التي ينتهي إليها من له الخيار بحيث اذا مضت المدة ، ولم يختَر ، أجبر على الاختيار والتعيين .

٢٣٥ — ولقد قال بعض الفقهاء إن خيار التعيين لا يصح إلا إذا كان معه خيار شرط بأن يشترط العاقد الذي اشترط لنفسه خيار التعيين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وقال فيه انه الصحيح ، وجاء في الجامع الصغير ، وقال بعضهم لا يشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط ، وهو المذكور في الجامع الكبير ، وما ذكر في الجامع الصغير اتفاقا لا على وجه الاشتراط ، وقال في هذا القول نحر الاسلام إنه الصحيح .

وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين لا بد أن يصحبه خيار شرط ، يكون من له الخيار الحق في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين . ويكون له الحق في فسخ العقد من كل الوجوه بمقتضى خيار الشرط ؛ اذ خيار الشرط يجعل له الحق في فسخ العقد مطلقا ، لا في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ، وأما على رأى من يقول ان خيار التعيين لا يشترط لتحقيقه وجود خيار الشرط معه فقد قالوا ان من له الخيار الحق في اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن يردها جميعا ؛ لأن العقد منعقد بات لازم بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من له الخيار التعيين ، وقال السرخسي إن له أن يردها جميعا ، لأن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يجعل العقد غير لازم^(١) . وجاء مثل هذا في البدائع للكاساني ، وعلة بأن الملك الذي يثبت مع خيار التعيين في واحد غير معين ملك غير لازم ، ولن له حق الخيار

(١) راجع الزيلعي الجزء الرابع ص ٢١ .

على هذا أن يردها جميعاً ، ويشبه هذا الملك بالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والعيب ^(١) .

§ ٢٣٦ — وخلاصة القول أن وصف العقد الذى يكون مقترناً به اشتراط خيار التعيين لأحد العاقدين أن العقد يكون منعقداً ، ويثبت أثر الملك فيه للمشتري فى واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الاثنين ، وهذا هو الراجح فى المذهب ، ويرى بعض الفقهاء وهم الأكثرون أن من له الخيار ليس له الحق فى فسخ العقد ، ولكن له فقط أن يعين ما يشاء ، ويرى بعضهم أن له الحق فى تعيين ما يشاء ، كما له الحق فى فسخ العقد نفسه ؛ لأن الملك الذى يثبت به ملك غير بات كالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والشرط .

وينتهى الخيار باختيار واحد مما خير فيه صراحة بأن يقول اخترت هذا ، أو دلالة بأن يتصرف تصرفاً يدل على اختياره لأحدها كأن يخير بين ثلاثة أبواب فيأخذ أحدها ويحيطه فهذا الفعل يكون اختياراً لأحدها بدلالة الفعل لا بدلالة القول .

وكما ينتهى الخيار باختيار أحدها صراحة أو دلالة ينتهى بهلاكها وبقاء واحد بعينه ، ففى هذه الحالة يكون متعيناً للاختيار ، وفى كتب الفقه تفصيل فى الملاك فليرجع اليه فيها ، وليس كتابنا لتفصيل أحكامها ، بل لاجمال كلياتها .

خيار الشرط

§ ٢٣٧ — خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان ، كأن يقول المشتري مثلاً اشتريت هذه العين بثمن كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام . وهذا الشرط يكون مقارناً للعقد ، وهو مخالف لمقتضاه ، ولذلك قالوا إن الأصل والقياس أن يكون شرطاً فاسداً مفسداً للعقد لما اؤضة ، ولكن الفقهاء أجازوه استحساناً ، لسببين :

(١) البدائع للسكاسانى الجزء الخامس ص ٢٦٣ .

أحدهما — ورود الأثر بصحته وإجازته ، فقد ورد في الحديث أن حبان ابن منقذ كان يغبى في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « إذا بايعت فقل لا خلافة ، ولئى الخيار ثلاثة أيام »^(١) فهذا الحديث صريح فى إجازة خيار الشرط ، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحا ، وإن كان مخالفا لمقتضى العقد ؛ لأن النص فى الشريعة حاكم على العقود ، لا خاضع لأقيستها .

ثانيهما — أن الحاجة قد تدعو إليه ، فقد يخشى أحد العاقلين الانخداع اما لعدم الصفيق فى الأسواق ، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه ، وقد يريد أن يشاور من يهيمه الرضا بالمعقود عليه ؛ فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشروطا لنفسه حق الفسخ أمدا ، حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التغيرير ومغبته ، باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهيمه رضاه ، وترى من هذا أن الحكمة فى شرعية خيار الشرط هى الاستيثاق من الرضا ، والتمكين من أسبابه ، والاحتياط له بمحياطته بكل دواعى العلم ليكون على بينة تامة ، ومعرفة صحيحة .

§ ٣٣٨ — ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها ، وقد تنقص ، وهذا عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وقال الصاحبان واحمد بن حنبل يصح إذا ذكرت مدة معلومة ، ولو كانت طويلة . وقال مالك الأصل أنه يكون لثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك ، كأن يكون من يريد استشارته فى قرية لا يصل ويعود منها فى ثلاثة أيام ، ففي هذه الحال يصح الخيار للمدة التى تسع الذهاب والأوبة ، والاستشارة .
وحجة الذين قيدوا المدة بالثلاثة لا تعدوها أن شرط الخيار ثبت على خلاف

(١) جاء فى فتح القدير فى بيان سياق الحديث « عن ابن عمر قال : كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا ، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد نقل لسانه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « مع قول لا خلافة » وكان يشتري الصبي ، فيبىء ، فيقولون هذا غال ، فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى » الفتح الجزء الخامس ص ١١١ .

القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد ، وقد ثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، والنص الذى ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصور على ثلاثة ، فلا يتجاوز به الثلاثة . وفوق هذا فقد ورد عن ابن عمر أنه قال « ما أجد أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان ، جعل الخيار ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك »^(١) .

هذه حجة أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وهى حجة مالك أيضا ؛ لأنه يقيد المدة بها أيضا ، غير أنه يقول ان الحاجة أيضا تبيح مخالفة مقتضى العقد لما تصادم نصا ، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن وجدت حاجة داعية ، وأيضاً فإنه إذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة ؛ فكان من معنى النص اباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها . وحجة الصاحبين واحمد بن حنبل أن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن ، ومنع التغيرير ، والأمن من الانخداع ، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول ، فجاز تعيين هذه المدة ، ويترك الأمر إلى تقدير العاقدين ، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لا يستدعى الاقتصار على ذكر المدة المذكورة فى الحديث ؛ فربما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المدة لكفايتها لحبان ، ولكن عساها لا تكفى غيره ، بمن يكون ذروه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كحبان ، وإن قصد العاقدين إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم اليها ، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة ، وأيضاً ، فإن الحديث شرع شرط الخيار لمعنى معقول لا تعبد ، وهو خشية الغبن فى البياعات ، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه ، والمدة التى تكفى للتروى ودرء الغبن هى التى يعينها العاقد لنفسه ، وكل امرئ أدرى بحاله .

§ ٢٣٩ — وخيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ، ويصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر ، ويصح أن يشترطه أى واحد من العاقدين لغيره ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك واحمد بن حنبل والشافعى على أحد

(١) المرح الكبير الجزء الرابع ص ٦٦ .

قوله ، وخالف في ذلك زفر والشافعي في قول ، وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقلين — أن الخيار شرع لمصلحة العاقلين وليس لغيرهما في العقد حفظ فلم يشرع له ، وأيضاً فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه ، وهى لا تتمدى العاقلين فاذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك اثبات حكم العقد لغير العاقلين .

وحجة الأئمة في اجازتهم ذلك أن الحاجة التى شرع اشتراط الخيار بسببها هى التى تجعل اشتراط الخيار لغير العاقلين سائناً ؛ لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع اليه ، لأنه يهمه رضاه بالمعتود عليه وقبوله له ، فيشترط الخيار له ، ويفوض اليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معنوية فى عنقه لا يستطيع الخروج منها . وكون الخيار من مقتضيات العقد ، لا يتنافى مع اشتراطه لغير العاقلين ؛ لأنه ان اشترطه أحد العاقلين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالاصالة ولغيره بالنيابة ، فكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذى اشترط له الخيار . ولذلك اذا اشترط أحد العاقلين الخيار لغيره ، يثبت الخيار له ضمناً بمقتضى ذلك الاشتراط ؛ لأن هذا مسلط على حق الفسخ من جانبه ، فلا بد أن يثبت له أولاً لى يتصور امكان تسليط غيره على الفسخ . واذا كان الخيار قد ثبت لهما ، فان أجاز أحدهما ، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت ، فان كانت الاجازة هى السابقة أبرم العقد ، وان كان الفسخ هو السابق ففسخ العقد ؛ وانما جعلنا الاعتبار للمتقدم ، لأن تصرف الثانى يعتبر لغواً بالنسبة للأول ، اذ السابق ان كان فسخاً فقد بطل العقد ، والعقد الباطل لا تلحقه الاجازة ، فتجىء اجازة الثانى على غير عقد وان كان السابق اجازة ، فقد أبرم العقد وصار لازماً ، ولا يكون لأحد من بعده حق فسخه ^(١) .

(١) يفرض الفقهاء صورة ثانية ، وهى أن يميز أحدهما وفسخ الآخر ، وينطق بهذا فى وقت واحد ، ويقولون فى هذه الصورة البعيدة الوقوع انه يرجح جانب الفسخ ، هذا فى رواية ، =

§ ٢٤٠ — وخيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس ، فالعقد غير اللازمة لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنه فيها يكون لغواً لا قيمة له ؛ إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد ، وذلك الحق ثابت في العقد غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط ؛ فالاشتراط فيها اذن لغو لا معنى له . والعقد اللازمة التي لا تقبل الفسخ اشتراط الخيار مناف كل المناقاة لمقتضاها ؛ إذ هذه العقود لا تتراخى آثارها عن عباراتها المنشئة له ، وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، حتى تنتهى المدة أو يبرم أو يفسخ ، وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته ، وذلك ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعناق والخلع لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنها غير قابلة للفسخ . ولا يدخل أيضاً خيار الشرط العقود التي يشترط فيها القبض كالعقود الربوية والصرف والسلم ، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض ، وهذه العقود يشترط فيها القبض هى منافية لاشتراط الخيار .

وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط ، فيثبت في البيع والاجارة ، والصالح ، والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، ولا يشترط فيها القبض .

§ ٢٤١ — وخيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه ، فالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة ، فالبائع إذا اشترط الخيار لنفسه لا يخرج المبيع من ملكه ، والمشتري إذا اشترط الخيار لا يجب عليه دفع الثمن ، وهكذا ، وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو

== وفي رواية أخرى يرجع جانب الماقد ، لأنه الأصل وهو أقوى ، واقدامه على القول عزل لثابته الذى جعل له الخيار ، وهو يملك ذلك صراحة بالقول ، فيملكه دلالة بالفعل ؛ وهذا لأن تصرف النائب للحاجة ، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه . ووجه الرواية الأولى انه عند النطق لم يكن النزل قد وجد ، فكلها مالك التصرف ، فتعارضاً فيرجع الاثوى ، وهو الفسخ ، وان رجحنا الاجازة لم يمكن الفسخ ، مع انه ان رجحنا الفسخ أمكن العقد من جديد .

مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، ومذهب مالك ، وقول فى مذهب الشافعى وابن حنبل ، وعندهما فى قول آخر ان اشتراط خيار الشرط لا يؤخر الأحكام ، بل تثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالى من خيار الشرط ، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه ، وكالعقد مع خيار العيب ، وحجة الشافعى وابن حنبل فى هذا رأى أن العقد صحيح نافذ ، فاقضى أن تثبت أحكامه بمجرد انشائه ، إذ لا سبب يوجب التراخى ، والخيار ليس بسبب لذلك ؛ لأن الخيار معناه أن يكون للعقد حق الفسخ ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترطه فيقتصر أثره على ذلك ، ولا يتعداه الى تأخير الأحكام ^(١) .

وحجة أبى حنيفة ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكاما ، ووجه قصوره هو عدم لزومه ، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازما فقد ناط بها أحكاما لا تتحقق إلا مع اللزوم ، فإذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم ، فقد منع أن تناط به الأحكام التى جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم ، حتى يثبت ذلك الوصف ، فتتحقق هذه الأحكام ؛ وأيضا فإنه من المقرر أن العقد ليس له التصرف فى الحقوق التى يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه ، وذلك بالاجماع ولو كان العقد مثبتا للحقوق التى تنشأ عنه ، لكان لمن ثبتت له التصرف فيها ، وذلك لا يجوز قطعاً . ثم ان من اشترط الخيار لنفسه فعنى ذلك أن الرضا لم يتم نهائيا من جهته ، وما دام الرضا لم يتم فأحكام العقد لا توجد بالنسبة له ؛ لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقودا تكامل فيها الرضا ^(٢) .

§ ٢٤٢ — ومهما يكن من اختلاف الفقهاء بالنسبة لتراخى أحكام العقد الذى صاحب انشاءه اشتراط الخيار ، فقد اتفقوا جميعا على أنه عقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط الخيار لنفسه ، فله الفسخ طول مدة الخيار ، وله حق الامضاء

(١) راجع فى هذا المرح الكبير الجزء الرابع ص ٧١ .

(٢) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع الجزء الخامس ص ٢٦٥ .

فيها ، فاذا أمضاه أبرم وسقط الخيار ، لأنه يصير عقدا لازما ، واذا فسخ العقد بطل ، وصار كأن لم يكن ، وفسخ العقد أحيانا يكون صراحة ، وأحيانا يكون دلالة .
ومثال الثاني أن يشترط البائع الخيار لنفسه ، وقبل مضي مدة الخيار يبيع العين لغير المشتري ، ففي هذه الحال يعتبر ذلك فسخا دلالة ؛ لأن بيعه للثاني دليل على عدوله عن البيع الأول ، وذلك اختيار للفسخ وترك للامضاء . وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح في غيبة العاقد الآخر ، ولكن اختلفوا في الفسخ الصريح ، فجمهور الفقهاء على أنه يصح في حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : انه لا يصح الا في حضرة العاقد الآخر ، ولا يصح في غيبته ، ووجه نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له الخيار يستقل به ولا يحتاج الى رضا الآخر ، وقد نال ذلك الحق باتفاق بينه وبينه ، ويجب أن يترقبه هذا في كل وقت من أوقات مدة الخيار ، فلا وجه اذن لأن يكون الفسخ في حضرته ، ووجه نظر أبي حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير اعلامه به قد يترتب عليه ضرر يلحقه ، فكان من الواجب اعلامه به ، ليجتنب عن عاقد آخر يتمم معه صفقته ؛ ولذا اذا فسخ في غيبته لم يتم الفسخ حتى يعلم .

٢٤٣§ — وينتهي خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور (١) الرضا بالعقد واجازته صراحة أو دلالة ، (٢) مضي مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فان العقد بمضيها يصير لازما ، لتوقيت حق الفسخ بها ، (٣) موت من له الخيار ، وذلك عند أبي حنيفة وابن حنبل ، وعند الشافعي ومالك ينتقل الحق الى ورثته ، وإن لذلك تفصيلا نبينه في موضع آخر^(١) .

ولنوضح الأمر الأول من هذه الأمور فالرضا بالعقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أجزته ، ومثال الرضا دلالة أن يكون من له الخيار المشتري

(١) سنتكلم في ذلك في وراثة أنواع الخيارات جملة ، فلنترك الكلام في هذا الى موضعه هناك .

فيتصرف في المبيع تصرف الملاك ، فان هذا التصرف يعتبر اسقاطا للخيار ورضا بالعقد دلالة ، وبها يلزم العقد ويسقط الخيار ، وان لم يكن الرضا بصريح اللفظ .

خيار الرؤية

§ ٢٤٤ — هو الخيار الذي سببه الرؤية ، فهو من اضافة الشيء الى سببه كخيار الشرط والمعنى الشرعي لخيار الرؤية أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره حق الفسخ اذا رآه ، فهو خيار يثبت بشرطين (أحدهما) أن يكون محل العقد شيئاً معيناً كدار وثوب ، بأن يكون معرفاً بما يعين شخصه أو كما يقول المناطقة معرفاً بالشخص لا بمجرد الوصف الذي يعم ، أما اذا كان ديناً بأن يكون معرفاً بأوصاف لا تعين شخصه ، بل تبين جنسه ونوعه وحاله ، ويثبت ديناً في ذمته كالمعقود عليه في السلم ، ففي هذه الحال لا يثبت خيار الرؤية (ثانيهما) أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد ، فاذا لم يره العاقد كان له الخيار عند رؤيته ، وأما اذا كان قد رآه فلا يثبت الخيار .

٢٤٥ — وخيار الرؤية لم يكن ثبوته محل وفاق من الفقهاء كخيار الشرط ، بل هو محل خلاف ، وأساس هذا الخلاف هو الخلاف في صحة العقد على الأشياء المينة الغائبة ، فن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح ومنهم من حكم بأن بيعها غير صحيح . فأبو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم ، وابن حنبل في إحدى الروايتين عنه يصححون العقد ، ومالك والشافعي في مذهبه الجديد وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية لم يصححوا العقد .

ومن حكم بصحة العقد على الشيء الغائب المعين الذي لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية ، فأبو حنيفة وابن حنبل على إحدى الروايتين والشافعي على أشهر^(١) .

(١) يذكر النووي في المجموع في البيع ما نصه : « اذا قلنا بقوله القديم فهل تقتصر صحة البيع الى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالسلم فيه (والثاني) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أنه لا يقتصر الى ذكر شيء =

تخریجات مذهبه القديم بثبوتونه عند العقد على الأعيان الغائبة التي لم تر قبل العقد .

وقد استدلل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه يجب أن يكون معلوم الذات والصفات ، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بمشاهدتها ، وعدم مشاهدتها جهالة تقضى إلى المنازعة في أصل العقد ، ووصفه ، وفي وقت قبض عوض المعقود عليه ، أما إفضاؤها إلى المنازعة في أصل العقد ووصفه فلائن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها ، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها وبين العين إلا بالرؤية ، فإذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد ينازع في العقد ، لعدم موافقتها لرغبته ، فقد يقول ان هذا ليس المعقود عليه ، بل شبيه له من جنسه ، وأما إفضاؤها إلى النزاع في وقت قبض عوض المعقود عليه ؛ فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها إنما يسبق تسليمها لتعينيها ، ولا شك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعانية ، والاختلاف المحتمل عند المعانية يؤدي الى الاختلاف في تسليم الثمن .

ولا شك أن هذه الجهة للفضية الى النزاع غرر ، والنبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر . وقد استدلل الذين أجازوا العقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما من أنهما تبايعا أرضا باعها عثمان لطلحة ، ولم يكونا رأياها ، فقبل لعثمان رضى الله عنه غبنت فقال لى الخيار ، لأئني بت ما لم أر . وقيل لطلحة مثل ذلك ، فقال لى الخيار ؛ لأئني اشتريت ما لم أره ، فحكما في ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان

== من الصفات ، وهو المنصوص عليه في باب الصرف ؛ لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار اذا رآه ، فلا يحتاج الى ذكر الصفات ، فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وان وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالسلم فيه ، والثاني ان له الخيار لأنه يعرف يبيع فيه خيار فلا يجوز أن يخلو منه . وترى من هذا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف التوجيه ، فمنهم من أثبت خيار الرؤية مطلقا ، ومنهم من أثبته فقط في حال الوصف وتختلف الموصوف عن الوصف الى ما هو أقل حالا من المذكور .

ذلك اجماعاً منهم . ولقد روى أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١) واثبات الخيار في شراء الأعيان الغائبة دليل إقراره الشراء ومشروعيته . ولأن الجهالة التي أوجدها عدم الرؤية لا تقضى إلى النزاع ؛ لأنه إذا لم يصادف رغبته فسخ ، وإن صادف أمضى .

٢٤٦٩ — بخيار الرؤية ثبت لأن الجهالة التي وجدت لعدم الرؤية تحدث خلافاً في الرضا ، إذ لا يكون مبنياً على معرفة تامة بحال العقود عليه ، ومن الجائز أن يعرض الندم للعاقدة ، إذ لا يجده موافقاً لرغبته إذا رآه ، فيثبت له الخيار تداركاً لما فاتته ، ولكيلاً يكون ظلم .

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم يرقب العقد ولا في أثنائه ، لأن السبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك ، ولذلك أثبتوه في أربعة أنواع من العقود (أولها) في عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص ، وليس شيئاً ثابتاً في الزمة ، فلا يثبت في السلم ولا في الصرف . ويثبت للمشتري لا للبائع ، وفي قول لأبي حنيفة أنه يثبت للبائع أيضاً إذا كان لم يرقب المبيع ، ولكن الصحيح عنه غير ذلك . (ثانيها) الإجارة ، فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة (ثالثها) قسمة القيميات فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم يرقب نصيبه فله الخيار إذا رآه . (رابعها) الصلح إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين^(٢) ، لأنه يكون في معنى الشراء .

٢٤٧٩ — وليس المراد بالرؤية الأبصار فقط ، بل المراد بها هنا ما هو أعم من ذلك ، وهو المعاينة بالحواس ، سواء أكانت بالبصر أم بغيره ، كالشم في المشومات والذوق في المذوقات ، أو الجس في بعض الأشياء التي لا تعرف إلا بالحواس ؛ فإن معاينة هذه الأشياء بتلك الحواس رؤية . وعلى ذلك يكون من الأعشى خيار الرؤية ، وتكفي منه معاينة المشومات والمذوقات والأمور التي تعرف بالحواس . ومالا

(١) طعن بعض المحققين في سند هذا الحديث ، وقالوا إن بعض رواة متروك الحديث .

(٢) راجع رسالة العقود والمرووط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

يعرف إلا بالبصري يوصف له ، والشافعي يرى أن الأعمى يوكل من يثق برؤيته^(١) .
ويكتفى من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صفات العقود عليه المقصودة منه ،
فكل رؤية تؤدي إلى ذلك ، فهي صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية ، فإذا
كانت تلك المعرفة لا تتم إلا برؤية الشيء كله لم تكن رؤية بعضه ، وإن كانت
تلك المعرفة تتم برؤية بعض دال على الكل ، فيكتفى برؤية بعضه الذي له تلك
الخاصة ، وإذا كان العقد عليه عدة أشياء ، فإن كانت آحاده لا تتفاوت يكتفى
برؤية نموذج منه ، معلن لأوصاف سائر ، كالقمح والقطن . وإن كانت تتفاوت
آحاده كالذواب فلا تغنى معاينة أحدها ، بل لابد من معاينة كل الآحاد .

ورؤية الوكيل بالعقد تغنى عن رؤية الموكل ؛ لأن كل ما يتصل بالعقد يرجع
إلى الوكيل على ما بينا في الوكالة ، والرؤية من تمام العقد ؛ إذ لزومه لا يتم من
دونها . ورؤية الرسول الذي أرسله ليقبض العين أوليبلغ عبارة العقد لا تغنى
عن رؤيته اتفاقاً ؛ لأنه لم يفوض إليه ذلك ، وليس له شأن بالعقد .

واختلف فقهاء الحنفية في رؤية الوكيل بالقبض تغنى عن رؤية الموكل أم لا ؟
قال أبو حنيفة تغنى ، وقال صاحبان لا تغنى ، ووجهة نظرهما تقوم على أن الوكيل
متصرف في حدود ما وكل به لا يعتمد على غيره ، وهو وكيل بالقبض فنيابته
مقصورة عليه لا يعتمد ، والقبض شيء والرؤية شيء آخر ، ولا يقتضى التوكيل
فيه الوكالة فيها . وأيضاً فالوكيل بالقبض لا يستطيع إسقاط خيار الشرط ولا العيب
برضاه بالعقد ، فكذلك لا تغنى رؤيته عن رؤية الموكل ، ويستطيع إسقاط خيار
الرؤية .

وجهة نظر أبي حنيفة أن الموكل قد وكل الوكيل بقبض تام ، وذلك لأن
القبض قبضان قبض تام وقبض ناقص . والأول يكون بقبض الشيء ورؤيته ،
والثاني يكون بقبضه من غير معاينة له كأن يكون مستورا والموكل إذ أطلق
القبض في الوكالة فهو منصرف إلى القبض التام المتضمن للرؤية ، فكأنه قد وكله

(١) راجع الرسالة السابقة والمجموع على المذهب الجزء التاسع ص ٣٠٣ . وعند محمد
لا يكتفى فيما لا يدرك الإدراك الصحيح إلا بالعم أو التوق أو الجس ولا يكتفى بالبصر .

في الرؤية ، وإذا كان قد وكله في الرؤية فقد أقامه مقامه فيها ، فتغنى رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل الآثار . ومن المقرر أن القبض من العاقد مع الرؤية يسقط الخيار ، فكذلك قبض الوكيل بالقبض مع رؤيته تسقط الخيار ، ولا يصح أن يقاس خيار الرؤية على خيار العيب والشرط ؛ لأن القبض فيهما لا يسقط الخيار ؛ إذ قبض الموكل نفسه لا يسقط الخيار ، فكذلك قبض موكله ، أما هنا فقبض الموكل مع رؤيته يسقط الخيار ، فكذلك قبض وكيله ، لأنه أقامه مقامه فيه .

§ ٢٤٨ — ومن يثبت له خيار الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية وبعدها ، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترك ، فله الفسخ بعدها باتفاق من حكم بثبوت خيار الرؤية . أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه ببعض الفقهاء قال إن له الفسخ قبل الرؤية كما له الفسخ بعدها ، وهو الراجح عند الحنفية . وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لا يجوز ؛ لأن سبب الخيار الرؤية ، فإذا أثبتنا له حق الفسخ قبلها فقد أثبتنا الخيار قبل وجود سببه ، وذلك لا يجوز في قضايا العقل ؛ لأن السبب لا يتقدم على مسببه ، وإن امضاء العقد قبل الرؤية لا عبرة به ، فكذلك الفسخ قبلها يجب ألا يصح . ووجه نظر من يقول إن الفسخ قبل الرؤية يصح أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم بمقتضى وجود خيار الرؤية فيه ، والعقد غير اللازم يجوز لمن هو غير لازم في جانبه . أن يفسخه ، وإن السبب في وجود خيار الرؤية ليست هي الرؤية بل عدم الرؤية ، فالفسخ إذا حصل قبل الرؤية لا يحصل قبل وجود سببه ، بل بعده ، إذ سبب ثبوت الخيار عدم الرؤية ، وذلك حاصل عند العقد .

§ ٢٤٩ — ويستمر حق الفسخ ثابتاً إلى أن تحصل إجازة للعقد وامضاء له ، أو يموت من له الخيار ، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية ليس له أمد محدود ينتهي إليه ، بل يستمر إلى أن تحصل إجازة أو موت من له الخيار ، وهذا هو الراجح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وفي مذهب الشافعي قول : إنه يثبت في مجلس الرؤية فقط ،

فاذا انصرف عن مجلس الرؤية سقط ، وكان العقد باتا ، وعنه قول آخر انه يثبت فور الرؤية . وقال الكرخي وهو من فقهاء الحنفية انه يثبت الى وقت يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ، فاذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط خيار الرؤية . وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة يقابلها القول الراجح عند الحنفية وهو أنه يثبت مطلقا الى الموت أو حصول الاجازة .

§ ٢٥٠ — واذا كان الراجح أن خيار الرؤية ليس له وقت معلوم عند الحنفية ، بل يوقت بالاجازة فقط ، فقد توسعوا في معنى الاجازة حتى لا يضر العاقد الثاني بهذا الخيار الذي ليس له وقت ؛ ولذا قالوا ان الاجازة تحصل بالقول الصريح ، وتحصل بكل ما يدل على الرضا ، ومنه أن يقبض العين وهو يراها ، ولا يفسخ ، ومنه أن يتصرف في العين تصرفا يجعل للغير حقا متعلقا به . وعلى ذلك فالاجازة ثلاثة أقسام : (١) اجازة صريحة بالرضا بالعقد صراحة . (٢) واجازة بما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف تصرفا يجعل حق غيره متعلقا بالعين مثل القبض . (٣) واجازة دلالة بتصرف يجعل حق غيره متعلقا بالعين كبيعها بباتا أو اجازتها أو رهنها أو هبتها ، ويشبه هذه في الأحكام هلاك العين أو نقصها أو زيادتها . والقسمان الأولان لا يعتبران اجازة إلا اذا صدرا عن له الخيار بعد الرؤية ، أما اذا صدرا قبلها فلا اعتبار لهما ؛ لأن الاجازة قبل الرؤية اذا اعتبرت كان معناها انه اذا رأى فليس له خيار ، وفي ذلك مناقضة لنص الحديث ؛ لأنه يقول : من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ، ولأن ذلك يعتبر اسقاطا للخيار ، وهو ما جاء باشتراط العاقد ؛ أو كان في معنى الاشتراط فيسقط باسقاط من اشترطه ، بل جاء بأمر الشارع ، فليس للعاقد اسقاطه .

أما القسم الثالث فيعتبر اجازة قبل الرؤية وبعدها ، لأن تلك تصرفات أوجدت حقا لغيره على وجه لا يمكن استرداده ، أو يمكن ولكن بقضاء القاضى كما في الهبة بغير عوض ، فيتعذر حينئذ عليه فسخ العقد الأول ورده ، فيسقط الخيار

ضرورة . ولو تقايلا العقد أو رجع في هبته لا يعود الخيار ، لأن الساقط لا يعود ^(١) .
ومثل ذلك في تذر القسخ هلاك العين أو تعيبها أو نقصها أو زيادتها زيادة لا تقبل
الاتصال ، ففي هذه الحال يتمذر القسخ فكانت كالقسم الثالث ، في أنه يعتبر
رضا بالعقد يسقط به الخيار قبل الروية و بعدها .

خيار العيب

§ ٢٥١ — خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق القسخ بسبب عيب
اطلع عليه في المقود عليه المعين بالتعيين ، ولم يكن على علم به وقت العقد ، فهو
خيار اذن سببه عيب بمقود عليه معين ، وهذا العيب حادث قبل القبض ، ولم
يكن علما به في أثناء العقد ، ولم يرض به بعد العلم به . والسبب في شرعية خيار
العيب باعطاء العاقد حق القسخ بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن
معلوما وقت العقد دليل على أن الرضا الذي نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس
صحيح ؛ لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التي ليست ظاهرة
معلومة للعاقدين ، فإذا ظهر عيب لم يكن معلوما ، فقد انهار الأساس الذي قام
عليه الرضا ، فشرع خيار العيب ؛ لتدارك الخلل الذي نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المقود عليه
المعين الانتفاع به ، وهو لا يكون كاملا إلا مع السلامة فكانت مطلوبة ؛ لأن
الانتفاع الكامل مطلوب . وإن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة
بين العوضين في نظر العاقدين ، وتحقيق المساواة في مقابلة البذل بالبذل ، والسلامة
بالسلامة ، وقد سلم أحد البدلين ، فوجب أن يسلم الآخر ، فكانت السلامة
مطلوبة للعاقد ، ومطلوبة للشارع أيضاً لتحقيق المساواة .

من كل هذا تبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة ، فتحققها يحدث
خللا به ، والله يقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم يتيكم بالباطل إلا

(١) راجع البذائع الجزء الخامس ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

أن تكون تجارة عن تراض منكم » فإذا لم يتوافر الرضا أو حدث فيه خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ^(١)؛ ليتدارك من أمره ما فاته .

هذا والعقد مع العيب من غير تبينه غش وتدليس ، والشارع لا يقر الغش والتدليس ؛ فيجب رفعه وشرع ما يزيله ، وذلك بشرع خيار العيب . ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » ويدخل خيار العيب عقود المعاوضة التي يكون فيها العقود عليه معينا بالتعيين ؛ ولا يدخل عقود المعاوضات التي يكون العقود عليه غير معين كالسلم ؛ لأن العبرة في هذا النوع من العقود بتحقيق الأوصاف المشروطة في العقود عليه ، فإن تحققت قبض ، وإن لم تتحقق رد . وعلى ذلك يدخل خيار العيب العقود التي يدخلها خيار الرؤية ، ولا يدخل غيرها ، وقد بينها آتفا فارجع إليها .

§ ٢٥٢ — والعيب الذي يثبت هذا الخيار هو الذي يوجب نقصان القيمة عند التجار ، لأن الضرر يكون بنقصان المالية ، والمقياس الذي تقاس به مالية الأشياء هو القيمة ، فكل ما يوجب نقصاناً فيها يوجب نقصاناً في المالية ، وبهذا النقصان يكون العيب ، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب ، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة .

وليس كل عيب يوجب خيار العيب ، بل العيب الذي يثبتنه هو العيب الحادث قبل القبض الذي لا يكون العاقد على علم به ، ولا يثبت رضاه بعد العلم بشرط ألا يكون العاقد صاحب العين المعينة قد شرط البراءة من كل رد بعيب ،

(١) هذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي . وقال ابن حنبل إن من له الخيار مخير بين أمور ثلاثة إما امضاء العقد ، وإما فسخه وإما الرجوع على العاقد الآخر بأرض العيب ، وهو ما أثبتته من نقصان . واحتج له بأنه عيب ظهر ، والسلامة كانت مقدرة ، فكان له التعويض عما أوجده من نقص ؛ ولأنه فات بسبب العيب جزء من المبيع لأن العيب نقص المالية ، ونقص جزء منها نقص جزء من المبيع فكان له المطالبة به ، كما لو اشترى عشرة أرادب قح فبانت تسعة (المرح الكبير الجزء الرابع ص ٨٧) .

فاذا توافرت هذه الشروط في العيب ثبت الخيار ، لأنه بثوتها يتبين أن الرضا كان أساسه السلامة ، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعقود عليه مع العيب ، فاذا ظهر العيب يخلل الرضا ، وأما إذا لم تتم هذه الشروط ، فقد ثبت أن العاقد رضى بالعيب ، فاذا كان العيب معلوما للعاقد وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده ، وكان به راضيا ، وكذلك إذا رضى به بعد العلم ؛ لأنه إذا رضى بعد العلم فقد أسقط الخيار بعد بثوته ، والساقط لا يعود . وإذا كان مالك العين قد اشترط في صلب العقد أن يكون بريئا من كل رد مبيع فعنى ذلك أن السلامة لم تكن أساسا للرضا ، إذ أبعد فرضها صراحة ، فبظهور العيب لا يحدث خلل في الرضا ، فيكون العقد باثنا لازما ، ولا حاجة إلى التخيير من جديد .

§ ٢٥٣ — وخيار العيب يثبت للعاقد الذي دخلت في ملكه العين المعبية التخيير بين أمرين (١) إما إمضاء البيع ، وإما فسخ العقد ، واسترداد عوض الذى دفعه ، وهذا اذا كان الفسخ ممكنا . أما اذا امتنع الفسخ ، كأن يكون قد زاد في العين ، أو نقص منها ، وكان السبب في الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب ، ففي هذه الحال لا يكون لمن له الخيار الفسخ ، ولكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان في الثمن^(٢) ، وذلك بأن تقدر قيمة الشيء معيبا ، وقيمته سليما ، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة ، فاذا كانت قيمة العين سليمة عشرين ، وقيمتها معيبة خمسة عشر ، وكان الثمن ثمانية عشر ، ففي هذا الحال يعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربعها إذ خمسة عشر هي ثلاثة أرباع العشرين ، فينقص من الثمن ربعه ، كذلك فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف .

ووجه تخييره بين الفسخ والإمضاء فقط في حال عدم امتناع الفسخ أن التضرر يمكن ازالته بالفسخ فيثبت ؛ إذ لو ألزمناه بالعين مع عيبها لكان في ذلك ضرر به ، ولا يصح أن يسكه و يأخذ بدل النقصان ؛ لأنه لا حاجة تضطرنا الى ذلك ؛ إذ

(١) ويرى مالك في حال النقص أنه يرد العين ، ويفسخ العقد مع تعويض العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان ، وذلك لأن رد البديل يعتبر ردا للبديل منه ، فيرد العين زائدا ما سببه من النقص الذي أحدثه .

رفع الظلم ممكن بالفسخ ، فلا يلجأ الى تعويض النقصان بسبب العيب الذى كان ثابتا قبل القبض ؛ وذلك لأن النقصان بسبب العيب وصف من الأوصاف لا يقابله جزء من الثمن ، لأن الأوصاف لا يقسم الثمن عليها ، فلا يعوض عنها الا عند تعذر رفع الظلم بغير تعويضها ، وقد أمكن رفع الظلم بغيرها فى حال عدم الفسخ ، ولأن الخيار سببه وجود خلل فى الرضا بعدم وجود السلامة التى كانت مقدرة عند انشاء العقد ، والنتيجة المنطقية لهذا أن يعاد تخيير العاقد من جديد لمعرفة أهواراض بالعقد بعد العلم بالبيع أم غير راض فيفسخ ، وهذا بالبداهة لا يثبت الا تخييرا بين أمرين لا ثالث لهما ، وهما الامضاء أو الفسخ ، فاذا رضى ثزم العقد ، وإذا لم يرض فسخ ولا وسط بينهما .

أما فى حال امتناع الفسخ بزيادة لازمة أو نقصان ، ففى هذه الحال لا يمكن رفع الظلم الا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان فى القيمة فيلجأ اليه لأنه الطريق الوحيد لرفع الظلم . ولكن فى حال ما اذا كان امتناع الفسخ لنقصان حدث فى يد العاقد الذى يثبت له الخيار ، يكون للعاقد الثانى أن يختار أخذ العين ورد عوضها ، وذلك لأن منع الفسخ فى هذه الحال لرفع الظلم عنه ، بأخذه العين وقد تعينت بعيب جديد ، فاذا قبلها هو كذلك فما لأحد عليه من سبيل ، ويكون من له الخيار ليس له إلا الفسخ أو الامضاء .

٢٥٤ — وامتناع الرد الذى يثبت معه حق الرجوع بتعويض عن النقصان بسبب العيب يكون بأسباب هى : (١) النقص الذى يحدث فى يد من له الخيار بغير فعله ، (٢) والتغيير الذى يحدث بفعله كثوب يقطعه قبل العلم بالعيب أما الذى يحدثه بعد العلم بالعيب ، فهو دليل على الرضا ، ويصير امضاء للعقد واسقاطا للخيار ، (٣) والزيادة المتصلة كالسمن فى الدواب ، والزيادة المنفصلة المتولدة كنتاج الدابة ، فان هذه أيضا تثبت له الرجوع بالنقصان اذ تمنع الرد ، (٤) وكذلك كل

زيادة يحدثها بفعله ولا تقبل الانفصال كصبيغ الثوب وخياطته اذا أحدثها قبل العلم بالعيب ، فانه في هذه الأحوال كلها لا يعتبر راضيا بالعقد ، وابقاؤه ظلم له ، فكان له الرجوع بما أوجبه العيب من نقصان في الثمن على ما بينا ، ولا يمكن الرد للتغيير الذي حدث ؛ إذ في الرد مع النقص الحادث في يد من له الخيار ظلم للعائد الآخر ، وكذلك اذا أحدث تغييرا ، واذا حدثت زيادة بفعل من له الخيار يكون في الفسخ ظلم له ، فلا يقدم عليه ، وبما أننا سلبناه الخيار من غير جناية جناها أو اسقاط له ، فلا بد من تعويضه عن نقص العيب . والزيادة المنفصلة المتولدة ، كدابة تلد تمنع الفسخ أيضا ، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غير معقود عليه ؛ لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها ، فلا وجه لرد ولادتها معها ، كما لا يمكن رد الدابة منفردة ، لأن الفسخ ينسحب الى وقت العقد ، فلا وجه لامتلاك من له الخيار لهذه الولادة ، إذ سبب الملك قد بطل ، ولذلك امتنع الفسخ .

§ ٢٥٥ — والفسخ يستمر حقا لمن له الخيار إلا اذا امتنع الفسخ للأسباب السابقة أو حصل الرضا ، وفي حال امتناع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع بنقصان العيب كما بينا ، وفي حال الرضا يسقط الخيار ، ولا يرجع بشيء . والرضا المتبر هو الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب ، وقد يكون صراحة ، وقد يكون بالدلالة لا بصريح العبارة ، والصريح مثل أمضيت العقد ، أو رضيت به ، أو أوجبته ، أو ألزمت نفسي به ، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد ، كأن يكون المعقود عليه ثوبا ، فيصبنه ، أو أرضا فيبنى عليها ، أو حنطة فيطحنها ، أو بيبعه ، أو يهبه هبة صحيحة ، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل على اقرار البيع والرضا ، ومنها استعماله بعد العلم بالعيب كأن يكون دابة فيركبها وهكذا .

الفسخ بالخيارات وحاجته الى القضاء

٢٥٦ — اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط والرؤية والتعيين على

قول من يثبت خيار التعمين — يتم من غير حاجة الى قضاء القاضى أو رضا العاقد الآخر ، أما خيار العيب فقد اتفقوا أيضاً على أنه إذا حصل الفسخ قبل القبض لا يحتاج الى قضاء ؛ لأنه ليس إلا امتناعاً عن التسلم ، والمعقود عليه معيب ، وذلك حقه بلا ريب ، ولأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة من كل الوجوه ؛ لأنها على خطر البطلان بهلاك المبيع قبل القبض ، وذلك يبطل العقد ، وإذا كانت الصفقة لم تتم قبل القبض على هذا التخريج ، فالفسخ بالعيب قبله لا يحتاج الى القضاء .

أما الفسخ بخيار العيب بعد القبض فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه يحتاج إلى القضاء ، والشافعى وأحمد بن حنبل يريان أنه لا يحتاج اليه ، وحجتهم أن الفسخ رفع لعقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ، لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء ان أراد من له الخيار ، ولأنه باثبات الخيار فيه يصير العقد غير لازم ، والعقد غير اللازم ينفرد أحد المعاقدين بفسخه من غير حاجة إلى قضاء .

واحتمج أبو حنيفة بأن العقد قد تم بالقبض ، وثبتت كل أحكامه ، ومتى صار العقد على هذه الحال لا يرفع إلا بأحد أمرين بقضاء يرفعه ، أو بأقالة يتراضيان عليها ، ولا أقالة هنا ولا تراضى ، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذاً لأحكام الشرع ، وأيضاً فإن ثبوت العيب وتحقق كونه عيباً ، ثم تحقق كونه حدث قبل القبض ، وعدم حصول رضا من العاقد ، كل هذه مسائل يجرى التشاح بين الناس فيها ، ويختلف الأنظار حولها ، ولا رافع للنزاع والخلاف إلا القضاء فاحتاجت اليه .

وعلى ذلك يكون الفرق الذى كان سبباً فى اختلاف حكم الفسخ بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معها الصفقة فلا تحتاج إلى الفسخ إلى القضاء ؛ ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط ؛ لأن الأحكام لا تثبت فى حق من له الخيار ، ولا تتم الصفقة مع خيار

الرؤية ؛ لأن عدم الرؤية يجعل الصفقة غير تامة ، أما خيار العيب فالصفقة تتم معه ما دام العلم بالعيب كان بعد القبض . (ثانيهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تجرى المشاحة والخلاف في سببهما غالباً ؛ لأنه معلوم معين ، أما خيار العيب فسببه ، وهو العيب موضع نظر أهل الخبرة ، ويجرى فيه التشاح والتنازع غالباً ، فاحتاج القسح فيه الى القضاء ، ومن الخير أن ينظر القضاء في أول أدوار الخلاف ، بدل أن ينظر بعد تقاؤه .

وراثه الخيار

٢٥٧§ — قال الشافعي أن كل الخيارات تورث فان مات من له حق الخيار لا يصير العقد باتاً لازماً ، بل ينتقل الحق الى ورثته . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان خيار العيب والتعيين يورثان ، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان ، فاذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتاً لازماً .

احتج الشافعي لرأيه بأن الورثة خلفاء الميت في كل ما تركه من حقوق وأموال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فلورثته ، والاختيار حق للميت متعلق بمال من أمواله فيثبت للورثة ؛ لأن الارث صفة للوارث تجعل الحق ينتقل اليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعا لها ، وأيضا فان خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب ، لأنها جميعاً علة للفسخ وخيار العيب يورث ، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضاً .

واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا في معناهما الا رضا العاقد أو عدم رضاه ، والرضا مشيئة وارادة ، وهما لا تورثان ، لأنهما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته ، ثم انه ان ثبت الخيار في الشرط والرؤية للوارث فبأى وصف يثبتان له ؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء ؛ لأنهما يثبتان للعاقد ، وليس هو العاقد ، ولا يثبتان بالخلافة ؛ لأنهما ارادة العقد أو عدم ارادته ، وذلك لا يقبل الخلافة كما بينا .

أما خيار العيب والتعيين فليس ارادة ومشيئة فقط ، بل هما حقان متعلقان

بالعين ؛ لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين ، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء للمالك من شيئين أو ثلاثة ، ولما كانت العين تنتقل الى الورثة . فلا بد أن ينتقل معها ما هو لازم لها ، فهم ورثوا من مورثهم عيناً سليمة ، وعيناً قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة ، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب .

وفي الحق إن الخلاف بين الحنفية والشافعية في مسألة الخيارات قائم على الخلاف بينهم في وراثة الحقوق ، فالشافعي يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وإرادة كخيار الشرط ، وحق الشفعة ونحو ذلك ، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المسالية ، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشفعة ، وقد ذكرنا ذلك في الأموال فارجع اليه .

عيوب العقد

§ ٢٥٨ — قصد بعيوب العقد الأمور التي تحيط بإنشاء العقد ، فتؤثر في الرضا بأن تدمره ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العلم ، فكل ما يحيط بإنشاء العقد ، ويؤثر في الإرادة ، فيعدم الرضا ، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشيء ، أو تغرير فيه فهو عيب من عيوب العقد يؤثر فيه ، فيكون لمن حصل في جانبه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغرير — الحق في فسخ العقد . وتلك العيوب التي تؤثر في الإرادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة ، مرجعها الى ثلاثة : الاكراه ، والخطأ ، والغبن مع التغرير .

الاكراه

§ ٢٥٩ — الاكراه معناه في اللغة ايقاع الكره ، فعنى أكرهت فلانا أثبت ما يكرهه ؛ وأوقته فيه وحملته عليه . وهذا المعنى اللغوي هو الأصل للمعنى الشرعي ؛ لأن معناه في الشريعة دعوة الانسان غيره الى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال

بالإيحاء والتهديد ، وانزال الأذى الشديد ان لم يجب داعيه ، ولا يتحقق الاكراه اذا كان المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به ؛ وأن يغلب على ظن المكره تنفيذه ما هدد به ، فاذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الاكراه ؛ لأنه ان كان المكره غير قادر على ايقاع وعيده ، فكلامه لغو لا يلتفت اليه ، وليس من شأنه أن يحمل شخصا على أن يفعل ما لا يريد ، فلا ضرورة تلجئه للعمل ان عمل فاذا عمل مع ذلك كان راغبا لا راهبا . وان لم يقع في نفس المكره تنفيذ المهدد لوعيده كان فعله برغبته أيضا ، فيكون الرضا متحققا .

٢٦٠ — ولقد قال أبو حنيفة : ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان . وقال الصاحبان ان الاكراه يتحقق من السلطان وغيره ، وذلك لأن الاكراه ليس الا ايعادا بانزال المكره والأذى الشديد ان لم يفعل ، وذلك بتحقيق من كل قوى جبار مسلط . ووجه أبي حنيفة أن غير السلطان لا يستطيع ايقاع ما هدد به ؛ لأن المكره يستطيع أن يستغيث ، فيدركه الغوث ان لم يكن المهدد سلطانا ، لأن الناس يغوثون من يؤذيه غير السلطان ، والسلطان يغثيه ، وأما من يؤذيه السلطان ، فلا غوث له ، ولا يصبره أحد .

ولقد جاء في البدائع « قيل انه لا خلاف بينهم في المعنى ، إنما هو خلاف زمان ، ففي زمن أبي حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة على الاكراه ، ثم تغيرت الحال في زمانهما ، فغير الفتوى على حسب الحال ، والله سبحانه وتعالى أعلم » .

§ ٢٦١ — والاكراه قسمان اكراه ملجئ ، واكراه غير ملجئ ، فالاكراه الملجئ ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو اتلاف عضو من الأعضاء ، أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس ، أو العضو ^(١) أو اتلاف المال

(١) لم يذكروا حدا لعدد الضرب الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو وبعضهم قدره بعد ضربات الحد ، وانه غير سديد ؛ لأن المول عليه تحقق الضرر الملجئ ، فان تحقق فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ — ١٧٥) .

جميعه ، فإذا كان التهديد بشيء من هذا فالأكره ملجئ ، اذ يكون المكره كآلة في يد المكره ، وإن كان التهديد بما دون هذا كاتلاف بعض المال أو ضرب لا يؤدي إلى تلف النفس أو العضو فالأكره غير ملجئ ، فكل ما يكون تهديداً بأذى ينال النفس غير ما ذكر في القسم السابق يعد من القسم الثاني ، وإن كان الأذى يسيراً لا يبالي بمثله عادة فلا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثير أكره مطلقاً ، وحدود الأذى التي لا يبالي به عادة ، والأذى الذي يكون التهديد به أكرهاً لا يمكن ضبطها ، ولا وضع رسوم واضحة لها ، والأولى تركها لتقدير القضاء . ولذا جاء في الزيلعي في هذا المقام ما نصه : « ليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص ؛ لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع ، بل ذلك مفوض إلى رأى الإمام ؛ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس ، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد ، وجنس مديد ، ومنهم من يتضرر بأذى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضرر بضربة سوط أو عركة أذن ، ولا سيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان ، فيثبت في حقه الأكره بمثله ؛ لأن فيه هواناً وذللاً أعظم من الألم » .

§ ٢٦٢ — والأكره بقسميه يعدم الرضا ؛ لأن الرضا رغبة النفس في الفعل أو التصرف الشرعى ، وليس مع الأكره رغبة . أما التفرقة بين القسمين ، فهي في الاختيار ، فغير الملجئ لا يمسّه عند الحنفية ، لأن الاختيار عندهم هو القصد إلى الفعل ، وذلك متحقق في غير الملجئ ، أما الملجئ فهو عيس الاختيار ، ولا يعده ؛ لأن القصد موجود ولكن يفسده . وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما ، وأما من حيث الأفعال فبينهما فرق ليس هذا موضعه ، فليرجع إليه ^(١) في أمهات كتب الفقه .

(١) خلاصته أن الأكره غير الملجئ ليس له أثر في إسقاط أحكام الأفعال . أما الملجئ فله أثر ؛ لأنه يسقط أحكام بعض الأفعال . والأفعال بالنسبة له تنقسم إلى أربعة أقسام ، وذلك بحسب قوة تحريم الشارع لها ، واحتماله السقوط وعدم احتماله (القسم الأول) أفعال منتهى الشارع ، ولكن جعل النعم قابلاً للسقوط ، وهذه يسقط تحريمها عند الأكره الملجئ ، كضرب الحجر ، وأكل الخنزير ، فانها محرمة تحريماً يقبل السقوط عند الاضطرار ، فيسقط بالأكره =

وانما الذى يهمنى هو الأقوال ، ويهمنى على التحقيق التصرفات الانشائية منها ، وهذه التصرفات بالنسبة للأكره قسبان بينها في الكلام في الرضا : القسم الأول تصرفات ليس الرضا بشرط لانشائها ، وهى النكاح والعتاق والطلاق والايامن ، فان هذه تصرفات لا يشترط الرضا لانشائها عند الحنفية على نحو ما بينا ، والقسم الثانى تصرفات يشترط الرضا لصحتها ، وهى سائر التصرفات غير ما ذكر . فأما القسم الأول ، فقد علمت أنه موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، وهو يقوم على وجود الاختيار وعدم وجوده ، فالشافعى يرى أن الاختيار لا يوجد من غير رضا ؛ إذ الرضا والاختيار متلازمان ، فما لم يتحقق الرضا لا يتحقق الاختيار . وعلى ذلك لا يتحقق القصد إلى العقد عند فقد الرضا ، فاذا كان ثمة أكره لا يتحقق اختيار ولا قصد لانشاء العقد ، فالألفاظ تفقد معناها ، فلا ينعقد العقد بها ؛ لأن المكره ما قصد الى انشاء عقد ، بل قصد الى انتقاد نفسه ، وذلك معنى ثابت في التصرفات كلها ، سواء أكانت نكاحاً أم غيره . أما الحنفية فيرون أن الاختيار قد وجد مع الاكره ، لأن الاختيار لا يستلزم الرضا ، وإذا وجد القصد الى العقد والألفاظ الدالة عليه ، فقد وجد العقد ، والنكاح وأخواته تصرفات

== (القسم الثانى) أفعال الشارع حرماً حرمة لا تهيل السقوط كالقتل والزنى ، لأن القتل لا يحل لضرورة ما ، فلا يحل بالاكره ؛ لأنه لا يصبح أن يجعل اتلاف نفس غيره طريقاً لعبادة نفسه ، والزنا مثل القتل في ذلك . وللفقهاء اختلاف طويل في وجوب القصاص والحد فليرجع اليه (القسم الثالث) منع لا يحتمل السقوط ، ولكن الشارع رخص فيه بإسقاط المؤاخذه عند الاكره الملجئ ، وذلك هو النطق بكلمة الكفر ، فهو حرام حرمة لا تهيل السقوط ، ولكن رخص الشارع في النطق ، ولذا إذا امتنع المكره عن النطق بها أثيب ، بخلاف القسم الأول ، فانه اذا امتنع عند الجأء يكون عاصياً ، واذا نطق هنا مضطراً لم يؤاخذ الله (القسم الرابع) منع يحتمل السقوط ، ولكن في حال عدم السقوط تجرى فيه الرخصة ، وذلك مثل حقوق العباد الخالصة ، غير القصاص ، فهى تهيل السقوط بإسقاط صاحبها ، وتجرى فيها الرخصة عند عدم السقوط ، فن أكره على اتلاف مال الغير يرخص له في الاتلاف ، والارش على للمكره المهدد ، لأن الفاعل كالآلة في يده ، والدليل على أن المنع مرخص فيه عند الضرورة أن من كان في مخصة شديدة يباح له الأكل من مال غيره ، وله أن يقاتله عليه بغير سلاح على ما بينا في الحقوق (كشف الأسرار ٤ — ١٥٠٧) .

لا تنفصل أحكامها عن أسبابها وهي الصيغ، فبمجرد وجودها تثبت أحكامها كاملة، وإنما الرضا موضع تأثيره إنما هو في ثبوت الأحكام لا في وجود العقد، فلما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد في النكاح وأخواته لم يكن للرضا تأثير في أحكامه؛ فصحت مع فقد الرضا.

هذا هو فقه الخلاف في انعقاد النكاح وأخواته مع الإكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الإكراه عند الشافعي.

٢٦٣ — والفقهاء يسوقون أدلة للشافعي في هذا، وأدلة للحنفية فلنذكرها: وقد استدلل للشافعي رضى الله عنه أولاً بقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» فلزم أن يكون حكم كل ما أكرهوا عليه فحوا، بمعنى أن يكون ساقطاً لا يؤاخذون به، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التي تكون مع الإكراه، سواء أكانت نكاحاً أم غيره، وإذا لم تكن لها أحكام مع الإكراه فهي غير منعقدة. (وثانياً) بما يبينه من أن المتصرف مع الإكراه لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، فلم يوجد القصد ولا الاختيار؛ لأن الاختيار لا يتحقق من غير رضا عنده. واستدل للحنفية بمعوم النصوص المثبتة لهذه العقود، وهي تشمل ما يكون منها مع الإكراه، وما لا يكون معه إكراه، وبأن التصرفات القولية تنعقد بالقصد، وتتأخر الأحكام عند عدم وجود الرضا، كالعقود مع خيار الشرط، والنكاح وأخواته لا تقبل انفصال الأحكام وتأخيرها عن الصيغ، بل توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا، فلا حاجة فيها إلى الرضا^(١).

(١) وإذا وقع الطلاق مع الإكراه ان كان قبل الدخول رجع على من أكرهه (إذا كان الإكراه ملجئاً) — بنصف المهر، لأن نصف المهر كان بالطلاق، وهو كان كالألة في يده فيه، فالطلاق منسوب إليه بالنسبة لاتفاف هذا المال، فيرجع عليه به. وإذا انعقد النكاح مع الإكراه، وكان مهر المثل أو أقل لزم المهر المسمى، وإذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة، لأن التسمية لا تصح مع الإكراه، إذ تسمية المهر تعتبر تصرفاً مالياً، فلا بد من الرضا فيها، فلا تثبت الزيادة، وثبت مهر المثل، وكان العقد لم يسم فيه شيء. هذا إذا كان المسكوه هو الزوج، أما إذا كان المسكوه هو الزوجة، فالمهر لازم إذا كان المسمى مهر =

§ ٣٦٤ — هذه أحكام التصرفات التي لا تقبل النقص ، أما التصرفات الأخرى مثل البيع والاجارة والشراء ، فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تكون صحيحة نافذة مع الإكراه ، ولكن اختلفوا بعد ذلك على ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعي وبعض الفقهاء أن العقد يكون فاسداً أو باطلاً ، ولا يقبل الاجازة بعد زوال الإكراه ؛ لأن العقد لم يصح مع الإكراه ، وإذا لم يصح فهو لم ينمقد ، وأساس هذا القول أنه لا فرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل . (ثانيها) قول أبي حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسداً ، ولكن إذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه يصير صحيحاً . (ثالثها) قول زفر ، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفاً على اجازة العاقد المكره بعد زوال الإكراه ، وثمرة الخلاف بين زفر وبين الامام وصاحبيه تظهر في صور ، منها إذا باع شخص عينا تحت تأثير الإكراه ، فقبضها المشتري ، أتكون في ملكه أم لا تدخل في ملكه ؟ قال زفر لا تدخل ، لأن العقد الموقوف لا يثبت أحكاماً قط قبل الاجازة ، وقال أبو حنيفة وصاحبه يملكه ، لأن البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل معه قبض .

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النهي عنها لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والنهي هنا لوصف زائد عن ركن العقد ، وإذا كان النهي واقعاً على وصف للعقد ، فالعقد معه فاسد . وركن العقد قائم لا خلل فيه ، لأن العقد صدر عن أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه ، فالعقد ، غير أن الذي أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا ، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكره ، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه ، فقد زال سبب النهي ، فسلم العقد من الخلل ، وبذا يصير صحيحاً .

= المثل أو أكثر . وإن كان أقل من مهر المثل لا يطالب بمهر المثل قبل الدخول ، ولها طلب التفرقة لتقصان المهر إذا زال الإكراه ، ويسقط حق طلب التفرقة بالرضا صراحة أو دلالة ، وإذا دخل بها بالإكراه وجب تكميل مهر المثل ، ويستحق بالدخول (البدائع السابع ص ١٨٥) .

وحجة زفر أن العقد مع الاكراه لو كان فاسدا ما ارتفع الفساد بالاجازة ،
لأن الفاسد لا يجعله الاجازة صحيحا ، انما الذى تلحقه الاجازة هو الموقوف ،
فكان كعقد الفضولى .

الغلط

§ ٣٦٥ — الغلط معناه هنا أن يذكر محل العقد المعين موصوفا بوصف ،
ثم يبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه ^(١) كمن يشتري دارا على أنها مبنية
بالآجر ، فيتبين أنها مبنية بالالبن ، وكمن يشتري ثوبا على أنه حرير فيتبين أنه
غير حرير ، أو على أنه حرير طبيعى ، فيتبين أنه حرير صناعى ، ففى كل هذا
يحصل خطأ فى العقود عليه ، ولا شك أن الغلط على هذا الشكل يؤثر فى الرضا ،
لأن الرضا مقدر بحال ، ومفروض وجوده لفرض وجودها ، فان تخالفت الحقيقة
الواقعة عن الحال المقدرة التى كان الرضا منصبا عليها ، فالرضا بالواقع المستقر لم
يثبت إذآ ، فاذا كان العقد مما يشترط لصحته الرضا ، فقد حصل الخلل فيه ، بل
ان الغلط لا يقتصر تأثيره فى الرضا ، بل قد يترتب على الغلط الحكم بعدم وجود
العقد عليه ، فيبطل العقد ؛ لأن العقود عليه معدوم ، كمن اشترى حلية على أنها
من الماس ، فيتبين أنها من الزجاج ، فهذا الخطأ يترتب عليه أن عقد البيع وقع
باطلا ، لأن محل العقد ، وهو حلية الماس غير موجود ، بل معدوم فيكون
العقد باطلا .

§ ٣٦٦ — وعلى ذلك نقول إن الغلط فى العقد قسمان : (١) غلط يترتب
عليه بطلان العقد (٢) وغلط لا يترتب عليه البطلان ، بل يترتب عليه أن يكون
العقد غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط فى جانبه ؛ فيكون له الحق فى فسخ العقد .

(١) يذكر الخطأ فى تكوين العقد فى القانون بمعنى أوسع من هذا فيشمل خطأ أحد العاقدين
فما يتعلق بالعقد الآخر ، كأن يكون فاهما أنه مالك ، فيتبين أنه فضولى . أو يفهم أنه كامل
الأهلية فيتبين أنه ناقصها ونحو ذلك . أما فى المصلحة فأحكام تلك المسائل تذكر فى مواضعها
من النياية ، ولا يشككون فى الغلط الا اذا كان فى محل العقد .

فأما القسم الأول، فيكون إذا كان المذكور عند إنشاء العقد جنسا، يختلف عن جنس المعين المشار اليه عند العقد كالماس والزجاج؛ فإن الماس جنس يخالف الزجاج، أو إذا كانا من جنس واحد، ولكن يختلف الانتفاع بالموصوف عن المعين المحسوس اختلافا بينا كالدار المبنية بالآجر والدار المبنية باللبن، فانهما من جنس واحد، ولكن يتفاوت الانتفاع فيهما تفاوتنا بينا. فاذا تخالف المذكور عن المشار اليه المعين ذلك التحالف، فالعبرة في العقد بالمذكور للموصوف، فهو المعقود عليه. والتعيين بالإشارة لا يلتفت اليه، بل يعتبر ملغى، وإذا كانت العبرة بالمذكور بالاسم، وهو غير موجود، بل معدوم وقت العقد، فيكون العقد قد ولد باطلا، فلا يلحقه رضا بعد ذلك^(١).

أما القسم الثاني فيكون إذا كان المذكور في العقد لم يختلف عن المعين المشار اليه بالجنس، ولم يختلف الانتفاع فيهما اختلافا بين التفاوت، كمن يشتري حيوانا على انه ذكر، فتبين أنه أنثى أو العكس، ففي هذه الحال لا يكون العقد باطلا، بل يكون صحيحا، ولكن من حصل الغلط في جانبه يكون له الحق في فسخ العقد؛ لقوات وصف مرغوب فيه؛ إذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذي تبين ان المعقود عليه موصوف به، وقد تخلف المذكور عند انشاء العقد، فلا بد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحال التي ظهرت وتبينت، وذلك باعطاء العاقد الذي كان الغلط في جانبه حق الفسخ.

هذا وإن حكم الغلط في القسم الأول يسرى في العقود كلها وأما القسم الثاني فتسرى أحكامه في العقود التي يشترط لها الرضا.

(١) ذكر الزياشي خلافا في كون العقد مع هذا النوع من الغلط يكون باطلا أو فاسدا فقال في هذا الغلط في البيع: « يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ، لأنه معدوم، وبيع المدوم لا يجوز إلا في السلم. وقال بعضهم انه فاسد، وهو اختيار الكرخي، لأنه باع المسمى وأشار الى غيره، فصار كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره، وذلك فاسد.

الغن والغبن

§ ٢٦٧ — الغن هو النقص ، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه في الأسواق ، كمن يبيع دارا بخمسمائة ، وقيمتها ستمائة أو يشتريها شخص بسبعمائة وقيمتها ما ذكرنا ، أو يستأجر دار بعشرة جنيهات في الشهر وأجرة مثلها ثمانية .

أما الغن فهو أن يجعل العاقد في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك ، كأن يجيء دلال فيبين للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا من الجنيهات ، فيدخل في عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب . والغن لا أثر له في العقود إلا إذا ترتب عليه غبن ، فيقوى حكم الغبن ، فليس له إذن أثر في الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن .

والغن قسمان : غبن يسير ، وغبن فاحش ، والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل في تقويم المومنين أى تقدير أهل الخبرة في المعقود عليه ، والفاحش ما لا يدخل في تقويم المومنين ؛ فإذا باع شخص عقارا بألف ، وقدره بعضهم ثمانمائة ، وبعضهم بتسعمائة ، وبعضهم بألف فالغن يسير ، وإذا قدره الجميع بما دون الألف فالغن فاحش ، بالنسبة للمشتري ، وإذا قدره الجميع بما فوق الألف ، ولم يقدره أحد قط بألف أو دونها فالغن فاحش بالنسبة للبائع . وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء ؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المومنين ليس النقص فيه متحققا ، فكان احتماليا ، ولذا كان يسيرا ، وإن لم يدخل تحت تقويم المومنين يكون النقص متحققا ، فيعتبر فاحشا . ولقد قدر الغبن اليسير بتقديرات منسوبة إلى قيم الأشياء ، فيروى أن محمد رضى الله عنه قدر الغبن اليسير بما لم يزد عن نصف عشر القيمة ، والفاحش ما زاد عنه ، ولكن قال الجصاص في هذا « انه لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها ما يمد أقل من ذلك غبنا فيه ، ومنها ما يمد أكثر من ذلك غبنا فيه . وقد قدر نصر بن يحيى اليسير في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر

(٥٠٪) وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر (١٠٪) ، وفي العقار بما لا يزيد عن الخمس (٢٠٪) ^(١) وفي كل ماله سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص .
 وأساس اختلاف التقدير في هذه الأجناس هو مقدار التفاوت بين تقديرات المقيمين فيها ، فالعقار يختلفون فيه كثيرا ، والحيوان قليلا ، والمروض أقل ، وماله سعر محدود لا يختلفون فيه قط ؛ وعلى هذا نستطيع أن نقول : ان أساس هذا التقدير هو الفاصل الأول ، وهو ما يدخل تحت تقويم المقيمين ، وما لا يدخل .
 ٢٦٨٨ — والنبن اليسير ينفرد في العقود كلها ؛ لأن كونه غبنا غير متحقق ، والشئ المحتمل الوجود ، ولو على طريق الظن لا يكون سببا في إبطال أو إيجاد خلل في أمر محقق الوجود ، وهو العقد ، ولأن النبن اليسير يقع كثيرا في العقود ، فكان سهل الاحتمال ، ولا ظلم فيه . وقد استثنى مسائل ، منها بيع التراكات المدينة بدين مستغرق في مرض الموت ، فإذا باع المريض بعض أمواله بنبن ولو سيرا وتركته مستغرقة بالدين ، ثم مات في مرضه هذا كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشتري بما يدفع النبن ^(٢) ؛ وذلك لأن حق الدائنين تعلق بمالية تركة المريض ، ومالية الأشياء تقدر بقيمتها ، فلا بد إذن أن تسلم لهم القيمة ، فإذا قصت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادة كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص .
 أما النبن الفاحش ، فإنه يؤثر في العقود التي يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم ، أو أموال بيت المال ، لأن التصرف في هذه الأنواع من الأموال يجب أن يكون في دائرة المصلحة لها ، والفائدة الراجعة ، وليس من المصلحة في شئ أن تعقد هذه العقود مع ما فيها من غبن فاحش ؛ ولذا جاء في الدر المختار « ان بيع الوصي مال اليتيم بنبن فاحش باطل ، وقيل فاسد ، ورجح ^(٣) ومثله التصرف في الوقف ومال بيت المال .

(١) البائع الجزء السادس ص ٣٠ . هذا وبعض المذاهب يعد النبن اليسير بما دون الثلث ؛ لقوله عليه السلام « والثلث كثير » وبعضهم يحده بما دون السدس .
 (٢) كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .
 (٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثاني ص ٧٤ .

أما فيما عدا المسائل المستثناة ، ومنها ما سبق ، فالغبن الفاحش يختلف فيه على ثلاثة أقوال :

قال بعضهم ان المغبون ليس له حق الفسخ ، والعقد لازم ما لم يمنع اللزوم سبب آخر ، وهذا الرأي هو المروى في كتب ظاهر الرأي ، وهو رأى أكثر الأئمة . ووجهه ان عقود المبادلات وهى التى يجرى فيها الغبن عقود لازمة ، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن ، ولو أبيح لكل من يناله غبن في بيع أن يفسخ لصعب الإلزام بها ، ولجرى التشاح والنزاع في لزومها كثيراً ، ومن جهة أخرى إما أن يكون للمغبون قد علم بالغبن وقت العقد أولاً ، فإن كان عالماً بالغبن وقت العقد فقد أقدم على بينة من أمره ، فالرضا بالعقد تام من كل الوجوه ، وأما أنه غير عالم بالغبن وقت العقد ، وفي هذه الحال كان يمكنه أن يعلم لو تأنى ولم يتسرع فهو المقصر في حق النفس ، وعليه أن يذوق مغبة تقصيره ، ويبقى للعقد احترامها وصيانتها عن البطلان ^(١) .

وقال بعض الفقهاء للمغبون حق الفسخ بسبب هذا الغبن مطلقاً ، وهذا رأى اختاره بعض الفقهاء ، ووجهه أن المغبون مظلوم ، والظلم يجب رفعه ، ومن جهة أخرى فستحيل أن يرضى شخص بأن يظلم ، فلا بد أنه أدخل عليه ،

(١) يرى الامام أحمد بن حنبل أن الغبن لا يميز للمغبون الفسخ الا في ثلاث أحوال : الحال الأولى اذا تلقى شخص الركبان بفاعهم أو اشترى منهم ، ولم لا يعلمون حال السوق ، فلم الخيار اذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة ؛ لأن ذلك ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بآليات الخيار ، والثانية النجش ، وهو أن يزيد في السلعة شخص لا يريد شراء ليغر للمشتري فله الخيار اذا غبن ، لأن النجاش خدع بالباطل ، اذ في عمله تفرير بالمشتري وخديعة له — ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش . وقال : الخديعة في النار ، وروى عن أحمد رضى الله عنه ، أن البيع باطل ؛ لأن النهى يقتضى البطلان عند أحمد (على ما تبين في بحث الصحيح والفاقد ، والباطل) ، الثالثة عقود السترسل اذا غبن ، والسترسل هو الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المباينة . قال أحمد : «السترسل الذى لا يحسن أن يماكس» ، وفي لفظ «الذى لا يماكس» . فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه غير مما كس ولا معرفة بفته . ففراء هذا الصنف من الناس يميز له الفسخ اذا غبن غبناً فاحشاً (ملخص من الفرح الكبير — ٤ — ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩) .

وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد الرضا إلا إذا كان من رضى به فى عقله دخل .

وقال بعض الفقهاء ، وهو أعدل الأقوال وأمثلها إن كان الغبن بتغريم من العاقد الآخر أو دلال فالمغبون الحق فى فسخ العقد ، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذورا ، وكان رضاه على فرض عدم الغبن ، فإذا ظهر الغبن لم يصادفه رضا ، فلا بد من اعطاء المغبون حق الفسخ ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد ، وبعد أن تبينت حاله من كل الوجوه . وهذا رأى اختاره أكثر المفتين ، ولأصحاب الشافعى أقوال تدل على قبوله ، وهو رأى فيه رفق بالناس ، وفيه فوق ذلك عدل ، ومنع لأن يكون الغش مثبتا لحق من الحقوق والحمد لله رب العالمين .

الخطأ والصواب

قد عثرنا على أخطاء مطبعية ، تركنا تصحيحها لفطنة القارىء الكريم :

وهذه أمثلة منها :

السطر	الخطأ	الصواب	الخطأ	الصواب
١٠	١٨	هدى	هديا	١٢٢ ١٢
١٣	٢٤	كان	كانوا	١٥٠ ٨
٣٨	٥	تميمية	تميمة	١٥٠ ١٦
٦٤	٧٥	الأل	الأل	١٥٠ ١٧
٧٤	١٠	غير بدل	غيره تبدل	١٥٠ ٢
٧٢	٣	تكون	أن تكون	١٧٣ ٦
٧٢	٥	أنها ملك	ملك	٢٤٧ ١
٧٣	٢٢	الباقية	تبقى	٢٤٧ ١
٧٦	٦	الحدوث	لحدوث	٢٥١ ٧
٧٨	١١، ١٠	أوجد لها	أوجدت له	٢٥٤ ١٩
٩٣	١٣	البيع	الشرب	٢٨٥ ٤
١٠١	٢	فيا	فا	٢٨٧ ٣٦
١٠١	٣	كان	يجعل	٢٨٧ ٣٦
١٥٧	١٩	عليها	عليه	٢٩٢ ٢٠

